This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 230 496

Digitized by Google

Bd. June 1885

Received

May 27, 1885.

GERMANY

Digitized by Google

Digitized by Google

Die Lehre

von den

Proceßeinreden

und die

Proceßvoraussetzungen.

Von

Dr. Oskar Bülow,

ordentlichem Professor des Civilproceß- und des römischen Civilrechts an der Universität zu Gießen.

Gießen.

Verlag von Emil Roth.

1868.

Digitized by Google

Fo. Tx
B9285pr

Rec. May 27 1885.

Digitized by Google

Rudolph Ihering

in Verehrung und Dankbarkeit

gewidmet,

als eine Erinnerung

an das Zusammenleben mit dem Verfasser in Gießen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorrede.

Die Civilproceßwissenschaft hat noch einen weiten Weg zurückzulegen, um den Fortschritten, die man auf den meisten andern Rechtsgebieten gemacht hat, nachzukommen. Vor allem bedarf es hierzu des Muthes einer freieren dogmatischen Forschung. Noch liegen die wichtigsten processualischen Grundbegriffe im Unklaren, verdunkelt durch ungehörige Begriffsconstruktionen und irre führende Terminologieen, welche als eine von der Jurisprudenz des Mittelalters überkommene Erbschaft mit zu großer Beharrlichkeit bewahrt worden sind.

Ich habe in der vorliegenden Schrift den Versuch gemacht, einige jener Grundbegriffe ans Licht zu stellen. Die Hauptaufgabe war, eine das ganze Civilproceßsystem verfälschende Irrlehre, durch welche dieselben bisher völlig verdeckt waren, zu beseitigen, und zu diesem Zwecke waren die genauesten, tief in Geschichte unseres Civilproceßrechts eindringenden Specialuntersuchungen erforderlich. Bei der Ent-

Digitized by Google

wickelung jener Begriffe selbst habe ich mich auf die Grundzüge beschränkt und bin mir wohl bewußt, daß ihnen manches Unfertige anhaftet. Doch meine ich, daß der Mangel eher darin, daß ich noch zu sehr in den herkömmlichen Vorstellungen befangen geblieben bin, als darin, daß ich zu weit von ihnen abgewichen wäre, beruhen mag. Die Anforderungen, welche in Folge der gewonnenen Ergebnisse an die Civilproceßgesetzgebung zu stellen sind, habe ich am Schluß der Schrift in Kürze bezeichnet.

Obwohl der Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchungen im Civilproceßrecht liegt, so reichen sie doch auch vielfach in das materielle Recht hinein: sie enthalten eine beständige Grenzregulirung zwischen Privatrecht und Civilproceßrecht. Falls sich die hier entwickelten elementaren Proceßbegriffe bewähren, dürften sie auch für die Theorie des Criminalproceßrechts nicht ohne Bedeutung sein.

Gießen, im August 1868.

Bülow.

Digitized by Google

Inhaltsübersicht.

Seite

Erstes Kapitel. Das Proceßrechtsverhältniß, die Proceßvoraussetzungen und die Lehre von den Proceßeinreden 1

I. Der Proceß ein Rechtsverhältniß zwischen Gericht und Parteien (1—3). — Einseitigkeit der herkömmlichen Auffassung des Proceßbegriffes (3). — Der Ausdruck „Proceß" (4).

II. Die Erfordernisse für das Zustandekommen des Proceßrechtsverhältnisses oder die Proceßvoraussetzungen (5). — Bedeutung dieses Begriffs (6). — Der Thatbestand des materiellen Streitverhältnisses und der Thatbestand des Proceßverhältnisses (7). — Gliederung des Verfahrens hiernach (8). — Die litis contestatio und die absolutio ab instantia (8). — Proceßbegründende, proceßhindernde und proceßvernichtende Thatsachen (9).

III. Die bisherige Theorie (10—11). — Die dilatorischen Proceßeinreden (12). — Beurtheilung der Proceßvoraussetzungen bloß vom Exceptionsstandpunkte aus (13—14). — Mängel dieser Lehre (14—16). — Nothwendigkeit ihrer Beseitigung (16). — Die Aufgabe (17).

Digitized by Google

Seite.

Zweites Kapitel. Dogmengeschichtliche Uebersicht . . 18

Ableitung der Proceßeinredentheorie aus dem römischen Recht (18). — Einfluß des germanischen Rechts (19). — Die romanische (19—22), deutsche (22), moderne Theorie (23—25). — Der gegenwärtige Stand der Lehre (26—28).

Drittes Kapitel. Die exceptio procuratoria und cognitoria 29

Einleitung (29—30).

Erster Abschnitt. Inhalt und Arten der exceptiones procuratoriae und cognitoriae 30

1. Exceptionen Mangels Vollmacht betreffs des procurator (31—35), tutor (35—36), curator (36—37), actor (37), — betreffs des cognitor (38—39)?
2. Exceptionen Mangels Fähigkeit (39—46). — Die Postulationsverbote (46—48)?
3. Verhältniß der beiden Exceptionsarten zu einander (48—49). — Geschichtliche Entwickelung — spätere Entstehung der Vollmachtseinreden (49—52). — Exceptio doli (52).

Zweiter Abschnitt. Die sachliche Natur der exceptiones procuratoriae und cognitoriae 53

Verkennung der exc. procur. et cognitoria (53—56). — Verwechselung des römischen, materiellen (dominium litis) mit dem modernen, formellen Proceßvertretungsprincip (56—58) — Die exc. procur. et cogn. = Sachlegitimationseinreden (58—59). — Analoge Verhältnisse: Cession (59), — Delegation (59), — actiones adjecticiae qualitatis (59—60). — Andere Beispiele von Sachlegitimationseinreden (60—62), — insbesondere dilatorische, exc. dilatoriae ex persona (62—64).

Dritter Abschnitt. Die Consumtionswirkung der exceptiones cognitoriae 64

Ga. IV, 123. 124 — unvereinbar mit der Proceßeinredentheorie (64—66) — im Einklang mit der sachlichen Natur der exc. cogn. (66). — Rückwirkung der Consumtion auf den Principal (66—67).

Digitized by Google

Seite

— Gründe: Auseinanderfallen von Verlust und Erwerb des Klagrechts bei der Bevollmächtigung eines unfähigen Cognitor (67—68). — Analogieen (68—70).

Vierter Abschnitt. Die peremtorische Natur der exceptiones procuratoriae Mangels Vollmacht 70

Die Vollmachtseinreden nicht dilatorisch, sondern peremtorisch (70—71) — gegenüber dem Vertreter selbst (71) — gegenüber dem Principal (72). — Nur die Fähigkeitseinreden dilatorisch, nur diese auch in den Quellen als solche bezeichnet (73). — Consequenzen für die sachliche Natur der exc. procuratoria (74).

Schlußbetrachtung (74—76).

Viertes Kapitel. Die exceptio litis dividuae und rei residuae 77

Geringe Zahl der angeblich römisch-rechtlichen Proceßeinreden (77—78). — Die exc. litis div. u. rei resid. durchaus der exc. pacti de non pet. temporalis ähnlich (79). — Zweck (79). — Wirkung (79—80). — Grund dieser Einreden eine stillschweigende Stundung, also sachlicher Art (80—81). — Beziehung auf den Proceß? (81—82). — Schwierigkeit der Beweiserhebung? (82—84).

Fünftes Kapitel. Die exceptio fori 85

Einleitung (85—87).

Erster Abschnitt. Die Competenzprüfung in jure . . 87

Praetoris est aestimare, an sua sit jurisdictio (87—88). — Denegation der Klage wegen Incompetenz (88—89) — remittere ad competens tribunal (90). — Nichtigkeit des vor einem incompetenten Gericht eingeleiteten Processes (90). — Die praetoria cognitio findet stets statt (91), — auch im Fall der Bestrittenheit (91—92), — auch bezüglich der privilegia fori (92). — Ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet (93—94).

Zweiter Abschnitt. Die Bedeutung der „praescriptio fori“ 95

Vieldeutigkeit des Ausdrucks „praescriptio“ (95). — Gewöhnliche Bedeutung (96). — Häufiges Vorkommen

Digitized by Google

Seite.

in der extraordinaria cognitio und im Criminalproceß (96—97). — Die einzelnen Quellenzeugnisse über die praescriptio fori (98—104). — Die praescriptiones bei Ga. IV, 133 und die Proceßeinredentheorie (104—108).

Schlußbetrachtung (108—111).

Sechstes Kapitel. Die exceptio praejudicii 112

Einleitung (112—113).

Erster Abschnitt. Das Verbot des Präjudicirens im Allgemeinen 113

Die Regel der l. 54 de jud. (113—114). — Beziehung 1) auf zukünftige wichtigere Processe? (114—119) — 2) auf die exceptio praejudicii? (119—120). — Gründe gegen diese Annahmen.

Zweiter Abschnitt. Das Präjudicialdekret und die Präjudicialeinreden 121

Unterscheidung zwischen anhängigen und erst in der Zukunft möglichen wichtigeren Processen (121). — 1) ein allgemeines Präjudicirungsverbot nur im Interesse anhängiger Processe, — Durchführung von Amtswegen, vermittelst der praetoria cognitio, — Präjudicialdekret (121—122), — 2) ein Präjudicirungsverbot im Interesse zukünftiger Processe nur ausnahmsweise — auf Einspruch des Beklagten — exceptio praejudicii (122—124). — Bestätigung dieses Gegensatzes in den Quellen (125—134).

Dritter Abschnitt. Das Präjudicialdekret 135

I. Einzelne Anwendungsfälle des Präjudicialdekrets: 1) zu Gunsten der hered. petitio gegenüber dem liberale judicium (136) — der actio fam. herciscund. (137) — interd. de tabul. exhib. (137—138) — den Carbonianischen Ediktsfällen (138—140) — der compromissarischen Verhandlung (141—142) — den Legats- und Erbschaftsgläubigerklagen? (142—149) — 2) zu Gunsten des liberale judicium (149—151), — 3) der fiskalischen Processe (151—152), — 4) der Criminalprocesse (152—155).

II. Das Präjudicialdekret im Allgemeinen (155—156) — Die Regel (156—160).

Digitized by Google

Seite

Vierter Abschnitt. Die Präjudicialeinreden 161

I. Beziehung der exc. praejud. auf zukünftige Processe (futuri judicii hujusmodi exceptiones comparatae sunt). — Innere Gründe (161—168). — Die einzelnen Quellenzeugnisse (168—169). — Die exc. quod praejudicium hereditati (169—172) — praedio (172—174) — in reum capitis non fiat (174—175). — Abschaffung der letzteren Einrede (175—181).

II. Singuläre Geltung der exc. praejud. — Beschränkung auf Erbschafts- und Grundeigenthumsklagen (181—182). — Die herkömmliche Generalisirung der exc. praejud. (182—184). — Gründe? (184). — Analogie des Präjudicialdekrets? (184—185).

III. Die praktischen Consequenzen der herrschenden Ansicht (186—190). — Beispiele (191). — Klagen aus accessorischen Rechten, Pfand- (191—193), Zinsklagen (193), — aus Realrechten (193—194) — Statusklagen (194) — Deliktsklagen (194—195). — Die deutsche Praxis (195—196).

IV. Quellenzeugnisse für die singuläre Geltung der exc. praejud. — Gründe ihrer Beschränkung auf Erbschafts- und Grundeigenthumsklagen (197). — Auctoritas der Erbschafts- und Grundeigenthumsprocesse und -gerichte (197—206). — Widersprüche der herkömmlichen Theorie (206—207).

Fünfter Abschnitt. Die sachliche Natur der Präjudicialeinreden 208

I. Recapitulation (208). — Das Präjudicialdekret ein Regulator der Proceßconcurrenz (208—209). — Die exc. praejud. ein Regulator der Klagenconcurrenz (209—210). — Uebliche Vermengung von Proceß- und Klagenconcurrenz (210). — Unterschied von Connexität und Concurrenz (211—212). — Nachweis im Einzelnen (212—218). — Resultate (218—219). — Uebernahme der exc. praejud. in die Lehre von der Klagenconcurrenz (219). — Vortheile dieser Uebertragung. — Wesentliche Vereinfachung des Proceß- und des materiellen Rechts (219—222).

Digitized by Google

Seite

II. Exclusions- und Consumtionswirkung der exc. praejud. (222—223). — Die Legaldefinition von exceptio (223—324). — Uebereinstimmung mit andern materiellrechtlichen Exceptionen (124—226). — Exceptio rei in judicium deducendae (227—228). — Vergleich mit der exc. excussionis und divisionis (228—229). — Specifische Richtung gegen die actio (229—231). — Wahl der unrichtigen Klage (aliud pro alio petere) kein Verstoß gegen das Proceßrecht (231—235). — Grund der früheren Präscriptionsform (235—236).

Siebentes Kapitel. Die Proceßeinreden und die translatio der römischen Rhetoren 237

I. Gesammtresultat (237—238). — Beseitigung der Proceßeinredentheorie (238). — Der Begriff Proceßeinrede in den römischen Rechtsquellen? (239—240). — Die römischen Rhetoren (241). — Die translatio oder translativa constitutio (242).

II. Translatio = ausweichende Vertheidigungsweise (243—244). — Aehnlichkeit mit dem qualificirten Geständniß, qualificirte confessio in jure (245). — Gründe der Verwechselung mit den Proceßeinreden (246). — Völlige Divergenz beider Begriffe (247—249). — Verwerflichkeit des Begriffes translatio (250).

III. Griechischer Ursprung der translatio (250). — Cicero über die Unanwendbarkeit der translatio auf römische Gerichtsverhältnisse (250—253) — über ihre absolute Werthlosigkeit (254). — Quintilian's Kritik des Translationsbegriffs (254—256).

Achtes Kapitel. Allgemeines 257

Einleitung (257).

Erster Abschnitt. Resultate für die Lehre von den Exceptionen 258

I. Der Exceptionsbegriff (258). — Materiellrechtlicher Inhalt aller Exceptionen (258—259). — L. 2 pr. de exceptionibus (260—261).

Digitized by Google

Seite

II. Die dilatorischen Exceptionen = zeitweilige Hemmnisse des Klagrechts (261—262). — Eintheilung in temporelle und in Sachlegitimations-Einreden (363). — Nahe Verwandschaft zwischen den dilatorischen und peremtorischen Exceptionen (263—266).

III. Die Exceptionsregeln. — Unverträglichkeit mit den Proceßeinreden (266—267). — Dispositive Natur der Exceptionsrechte (267). — Processualisches Stadium des Exceptionsbeweises = Sachverhandlung (268). — L. 19 C. de probationibus. — Die „restriktive" Interpretation dieser Stelle (269). — Widerlegung (269). — Erfolg des Exceptionsbeweises = Sachentscheidung (273—275). — Nothbehelfe der Proceßeinredentheorie. — Relaxatio ab observatione judicii oder absolutio ab instantia (275—276). — Gewöhnliche Interpretation von §. 10 J. de exceptionibus (276). — Widerlegung (275—276). — Sachwirkung aller dilatorischen Exceptionen = absolutio ab actione auf Zeit (280—281). — Ursprung und Wesen der Abweisung angebrachtermaßen (280—281) — Unveränderte Fortdauer des früheren Begriffs von den dilatorischen Exceptionen im Justinianischen Recht (283—284). — Zusammenstellung der Hauptresultate (284—285).

Zweiter Abschnitt. Das Vorbereitungsverfahren des römischen Civilprocesses 285

Theilung des Richteramts (285—286). — Gliederung des römischen Gerichtsverfahrens (287—288). — Kritik der herrschenden Ansicht (288—289). — Zweck des Verfahrens in jure: Feststellung des Proceßrechtsverhältnisses, constitutio judicii (289—290).—Nachweis im Einzelnen (291). — Ueberblick über den Verhandlungsstoff des Verfahrens in jure: sämmtliche Proceßvoraussetzungen (291—294). — Die conceptio formulae nur eine der vielen hierher gehörigen Fragen (294—295). — Consequenzen für die Geschichte des römischen Civilprocesses (295—296), — für die Theorie der Litiscontestation (296).

Digitized by Google

Seite

Dritter Abschnitt. Resultate für das System des deutschen Civilproceßrechts 297

I. Die Proceßeinredentheorie ein selbstständiges Erzeugniß der modernen Rechtsbildung? (297–298). — Freie Correktur begrifflicher Construktionen durch die Wissenschaft (298–300). — Der moderne Begriff Einrede (301). — Unanwendbarkeit auf die Proceßeinreden (301). — Altgermanische Auffassung des Richteramts als einer überwiegend passiven Funktion (301). — Einwirkung dieser Anschauung auf die Entstehung der Proceßeinredentheorie (302). — Ihr Verschwinden in der späteren Rechtsentwickelung, — kanonisch-romanisches, — heutiges Recht (302).

II. Absolute Natur der meisten Proceßvoraussetzungen (303). — Prüfung von Amtswegen (304). — Aehnlichkeit in der Behandlung des Proceßverhältnisses und des materiellen Streitverhältnisses (304—305). — Beweislast bezüglich der Proceßvoraussetzungen (306—307). — Verläugnung aller von den Einreden geltenden Grundsätze (308—309). — Gleiche Behandlung der Proceßvoraussetzungen wie im römischen Recht. — Die praeparatoria judicii (309). — Aenderungen durch die Reichsgesetze. — Das Eventualprincip. — Rückwirkung auf die Proceßeinredentheorie (310).

III. Gefährlichkeit der Proceßeinredentheorie für die Rechtsanwendung (310—311). — Verwirrung der Beweislastfrage (311—312). — Substitution des Begriffs Proceßvoraussetzung an Stelle des Begriffs Proceßeinrede. — Gesammtbetrachtung des Proceßverhältnisses (312—313). — Weitere Aufgabe der Wissenschaft (313). — Vorschläge zur Redaktion einer Civilproceßordnung für den norddeutschen Bund (313–314).

Digitized by Google

Die Lehre von den Proceßeinreden

und die

Proceßvoraussetzungen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Erstes Kapitel.

Das Proceßrechtsverhältniß, die Proceßvoraussetzungen und die Lehre von den Proceßeinreden.

I. Der Proceß ein Rechtsverhältniß zwischen Gericht und Parteien. — Einseitigkeit der herkömmlichen Auffassung des Proceßbegriffes. — Der Ausdruck „Proceß."

Es ist noch nie in Zweifel gezogen worden, daß das Civilproceßrecht die Befugnisse und Pflichten bestimmt, welche den Parteien und dem Gericht in ihrem Verhältniß zu einander zukommen. Hiermit ist aber auch gesagt, daß der Proceß ein Verhältniß gegenseitiger Berechtigung und Verpflichtung d. h. ein Rechtsverhältniß ist.

Diese schlichte, immerhin aber für die Wissenschaft recht bedeutsame Wahrheit ist bisher nicht gebührend gewürdigt, ja wohl kaum klar begriffen worden.[1a]) Man ist gewohnt, bloß von Privatrechtsverhältnissen zu sprechen. Zu

---

1a) Nur dem tiefen Blicke Bethmann-Hollweg's (Civilproceß des gem. Rechts 1 S. 22. 103) ist sie nicht entgangen. Bethmann-Hollweg geht aber in aller Kürze, ohne jede genauere Begründung und Erörterung, darüber hinweg und zieht namentlich nicht die weiteren, oben entwickelten Consequenzen daraus. Hierin mag wohl auch der Grund liegen, weßhalb seine anscheinend so einfache, in Wahrheit aber inhalts-

Digitized by Google

diesen darf der Proceß allerdings nicht gerechnet werden. Da die processualischen Rechte und Pflichten zwischen der Staatsbehörde und den Staatsbürgern bestehen, da es sich im Proceß um die Funktion von Staatsbeamten handelt und auch die Parteien nur in ihrer Beziehung und Mitwirkung zur richterlichen Amtsthätigkeit in Betracht kommen, so gehört dieses Verhältniß selbstverständlicher Weise dem öffentlichen Recht an: der Proceß ist ein öffentlich-rechtliches Verhältniß.[1])

Das Proceßrechtsverhältniß zeichnet sich vor den übrigen Rechtsverhältnissen aber auch noch durch eine andere sehr hervorstechende Eigenthümlichkeit aus, welche wohl das meiste zu der Verkennung seines Wesens als eines einheitlichen Rechtsverhältnisses beigetragen haben mag. Der Proceß ist ein stufenweise vorwärtsschreitendes, sich von Schritt zu Schritt entwickelndes Rechtsverhältniß. Während die Privatrechtsverhältnisse, welche den Gegenstand der gerichtlichen Verhandlung bilden, sich schon als fertig abgeschlossene darstellen, ist das Proceßrechtsverhältniß selbst erst in der Entstehung begriffen. Es bereitet sich zunächst durch einzelne Handlungen vor: zum völligen Abschluß gelangt es erst mit der Litiscontestation, dem öffentlichrechtlichen Vertrage, durch den einerseits das Gericht die concrete Verpflichtung, für die Feststellung und Verwirklichung des geltend gemachten Anspruchs zu sorgen, übernimmt, andererseits aber auch die Parteien verbunden werden, hierzu die erforderliche Mitwirkung zu leisten und sich dem Resul-

---

schwere Aeußerung gänzlich unbeachtet geblieben, und auch der Verfasser erst nachträglich auf diese höchst willkommene Bestätigung des oben Vorgetragenen aufmerksam geworden ist.

1) Vergl. Böcking, Grundriß zu Vorlesungen über den gem. d. Civilproceß 1852, §. 1. S. 1. „Actionenrecht als die das Privatrecht abschließende, Civilprozeß als die das öffentliche Recht eröffnende Disciplin."

Digitized by Google

tate dieser vereinten Thätigkeit zu unterwerfen.[2]) Und auch diese weitere Thätigkeit verläuft in einer Reihe einzelner, sich ablösender und aus einander hervorgehender Handlungen. Das Proceßverhältniß befindet sich in einer beständigen Bewegung und Entwickelung.[3])

Unsere Proceßwissenschaft hat aber auf diesen Entwickelungscharakter einen übermäßigen Nachdruck gelegt. Sie hat sich nicht damit begnügt, darin bloß eine wichtige Eigenschaft des Processes zu sehen, sondern sie hat darüber geradezu die andere nicht minder wichtige Eigenschaft, den Rechtsverhältnißcharakter desselben, übersehen. Anstatt den Proceß als ein öffentlichrechtliches, sich stufenweise entwickelndes Verhältniß zwischen Gericht und Parteien aufzufassen, hat man immer nur jene am meisten in die Augen fallende Seite des Proceß-

2) Judicio contrahitur. — Bei der privatrechtlichen Nachbildung des Civilprocesses, dem compromissarischen arbitrium, treten diese beiden Seiten des Litiscontestationsvertrages besonders scharf gesondert und mit großer Anschaulichkeit in dem receptum des arbiter und dem compromissum der Parteien hervor, wie denn überhaupt das arbitrium für das judicium manche noch erst auszunutzende Vergleichungspunkte darbietet.

3) Im Proceß geht in jeder Beziehung eine Entwickelung vor sich, auch insofern, als durch ihn das materielle Streitverhältniß — welches keineswegs mit dem Proceßverhältniß selbst identificirt werden darf — eine Metamorphose erfährt (dare oportere — condemnari oportere — judicatum facere oportere). Aber nicht bloß das subjective, sondern auch das objective Recht macht im Proceß eine Entwickelung durch: im Proceß entfaltet sich die Rechtsordnung aus dem abstrakten Rechtsgebot (der lex generalis) zum concreten Rechtssatz (der lex specialis des Urtheils) und schließlich zum wirklichen Rechtszustand (der Vollziehung). Ueber die Bedeutung des Rechtsspruchs für die Entfaltung der objectiven Rechtsordnung vergl. die lichtvollen und anregenden Bemerkungen von Bähr, der Rechtsstaat 1864 §. 2, ſ. auch Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts §. 9 u. S. 18, 42.

Digitized by Google

begriffes, das stufenweise Vorwärtsschreiten, das Proceßverfahren hervorgehoben: eine Einseitigkeit, die schon von der romanischen Jurisprudenz des Mittelalters herstammt und wohl auch durch germanische Rechtsanschauungen begünstigt worden ist. Sie hat sich in dem Worte „Proceß" selbst leider ein bleibendes Denkmal und eine schwer zu beseitigende Stütze geschaffen: wer aus dem Wort auf den Begriff schließen will, wird durch den Ausdruck Proceß von vorn herein in eine, wenn nicht falsche, so doch zu enge Bahn gelenkt.[4]) Die römischen Juristen waren bei der oberflächlichen Vorstellung, als ob der Proceß bloß eine Reihe von Richter- und Parteihandlungen sei, nicht stehen geblieben, sondern hatten das Wesen des Processes als eines einheitlichen Rechtsverhältnisses (judicium) klar erfaßt und scharf ausgeprägt.

Möge man auch nach der alten Gewöhnung bei der Definition des Processes das „Proceßverfahren" immer noch vorwalten lassen, wenn man nur nicht verabsäumt, auf das „Proceßverhältniß" als die andere Seite des Begriffs hinzuweisen!

---

4) Uebrigens haben auch die romanischen Processualisten nicht etwa von „processus" schlechthin, sondern nur von „processus judicii", d. h. der „Entwickelung des Proceßverhältnisses" gesprochen, s. z. B. den angeblich von Jo. Andreæ verfaßten ordo jud. init: „Antequam dicatur de processu judicii", wo freilich auch schon wie bei manchen späteren Autoren das judicium als actus trium personarum, sc. judicis, rei et actoris definirt wird. Ueberall wird aber das Wort „judicium" beibehalten und auch statt „processus judicii" viel häufiger „ordo judiciarius", „ordo judiciorum" gesetzt, s. z. B. Pillius, Tancredus, Gratia, Durantis. Aehnlich z. B. bei Rotschitz „Gerichtsläuffte", bei Friederich „Gerichtsproceß", bei Termineus „gerichtlicher Proceß." Nicht ohne Interesse sind die Definitionsbedenken bei Alciatus, in tit. de jud., initio, opera. Basil. 1582, tom. 3 p. 702—705.

Digitized by Google

II. Die Erfordernisse für das Zustandekommen des Proceßrechtsverhältnisses oder die Proceßvoraussetzungen. — Bedeutung dieses Begriffs. — Der Thatbestand des materiellen Streitverhältnisses und der Thatbestand des Proceßverhältnisses. — Gliederung des Verfahrens hiernach. — Die litis contestatio und die absolutio ab instantia. — Proceßbegründende, proceßhindernde und proceßvernichtende Thatsachen.

Wenn nun der Proceß ein Rechtsverhältniß ist, so sind damit auch der Proceßwissenschaft ähnliche Aufgaben vorgezeichnet, wie man sie hinsichtlich der übrigen Rechtsverhältnisse sich längst gestellt und gelöst hat. Die Darstellung eines Rechtsverhältnisses soll vor allen Dingen Auskunft über die Frage geben, an welche Voraussetzungen die Entstehung desselben geknüpft ist. Man verlangt zu wissen, zwischen welchen Personen es stattfinden darf, auf welche Gegenstände es sich erstreckt, welche Ereignisse oder Handlungen zu seiner Begründung erforderlich sind, wer zur Vornahme dieser Handlungen fähig und befugt ist.

Diese Fragen sind auch für das Proceßrechtsverhältniß aufzuwerfen und erweisen sich hier nicht weniger zutreffend und ausgiebig, als sie sich bereits für die Privatrechtsverhältnisse bewährt haben. Auch hier lenken sie den Blick auf eine Reihe wichtiger, eng zusammengehöriger Rechtssätze. Es sind dies vornehmlich die Bestimmungen

1) über die Competenz, Fähigkeit und Unverdächtigkeit des Gerichts, über die Proceßfähigkeit der Parteien (s. g. persona legitima standi in judicio) und über die Legitimation ihrer Vertreter,
2) über die zu einem Civilproceßgegenstande erforderlichen Eigenschaften,
3) über die Abfassung und Mittheilung der Klage und die Verpflichtung des Klägers zu Proceßcautionen,
4) über die Reihenfolge zwischen mehreren Processen.

Digitized by Google

Diese Vorschriften sind, im deutlichsten Unterschiede von den bloß auf den Gang des Verfahrens bezüglichen Proceßregeln, gerade dazu bestimmt, die Erfordernisse für die Zulässigkeit, die Vorbedingungen für das Zustandekommen des ganzen Proceßverhältnisses festzustellen. Sie geben an, 1. zwischen welchen Personen, 2. über welche Gegenstände, 3. durch welche Handlungen, 4. zu welcher Zeit es zu einem Processe kommen darf. Ein Mangel in irgend einer der angegebenen Beziehungen verhindert den Beginn des Processes.[5]) Kurz, in jenen Grundsätzen sind die constitutiven Elemente des Proceßrechtsverhältnisses enthalten, ein Begriff, der freilich bisher so wenig beachtet worden ist, daß er noch nicht einmal eine feste Bezeichnung gefunden hat. Wir bringen als solche den Ausdruck „Proceßvoraussetzungen" in Vorschlag.

Mit dem entwickelten Begriffe ist ein für die wissenschaftliche Beherrschung des Civilproceßrechts überaus förderlicher Gesichtspunkt gewonnen, ähnlich, wie ihn das Privat- und das Strafrecht in den entsprechenden Kategorieen „Erfordernisse zur Begründung eines Privatrechtsverhältnisses" und „Thatbestand des Verbrechens" bereits besitzen.[6]) Es handelt sich nicht bloß um den angemessensten

5) Nach römischem Recht gehörte auch noch die Einlassung des Beklagten (das judicium accipere) und unter Umständen eine Cautionsbestellung desselben zu den Vorbedingungen des Processes. Heutzutage kommt ihnen in Folge der veränderten Contumazialprincipien diese Bedeutung nicht mehr zu.

6) Im Proceßrecht fällt nur, weil hier bloß ein einziges Rechtsverhältniß in Frage steht, die Unterscheidung zwischen allgemeinen und besonderen Erfordernissen, zwischen allgemeinem und besonderem Thatbestand weg. Nur etwa von regelmäßigen und ausnahmsweisen Proceßvoraussetzungen dürfte in Rücksicht auf den Unterschied zwischen dem ordentlichen und den summarischen Processen gesprochen werden. Die Abweichungen der letzteren haben zumeist ihren Sitz in den zu Nr. 2 aufgeführten Proceßvoraussetzungen.

Digitized by Google

Ausgangspunkt für jede Darstellung des Civilprocesses — obgleich auch schon dieser Gewinn gegenüber der noch sehr im Argen liegenden Systematik unseres Civilproceßrechts nicht zu unterschätzen ist —, nicht bloß um die Zusammenfassung einer Anzahl von Proceßregeln, die als Mittel zu einem und demselben Zweck erst durch diese Gesammtbetrachtung volles Verständniß, als Glieder eines Ganzen erst durch ihre Vereinigung volle Kraft und Wirksamkeit erhalten. Wie sich aus den folgenden Andeutungen ergeben wird, ist jener Gesichtspunkt auch dazu geeignet, den tiefsten Einblick in die Structur des ganzen gerichtlichen Verfahrens und in das Wesen mancher einzelner processualischer Erscheinungen zu eröffnen, die der Aufklärung noch sehr bedürftig sind.

Durch die hervorgehobene Gruppe von Proceßgrundsätzen, die Proceßvoraussetzungen, kommt zu dem im Proceß befindlichen materiellen Streitverhältniß (den s. g. merita causae) ein weiterer eigenartiger Verhandlungsstoff hinzu. Das Gericht hat nicht bloß über die Existenz des streitigen Rechtsanspruchs zu entscheiden, sondern, um dieß zu können, sich auch darüber zu vergewissern, ob die Existenzbedingungen des Processes selbst vorliegen: es muß außer dem Thatbestande des streitigen Privatrechtsverhältnisses (der res in judicium deducta) auch noch den Thatbestand des Proceßrechtsverhältnisses (des judicium) feststellen.

Dieser Dualismus des Proceßverhandlungsstoffes ist von jeher für die Gliederung des gerichtlichen Verfahrens bestimmend gewesen. Er hat zu einer Theilung des Processes in zwei Abschnitte geführt, von denen der eine der Untersuchung des materiellen Streitverhältnisses, der andere der Prüfung der Proceßvoraussetzungen gewidmet ist. So ging im römischen Civilproceß der Sachverhandlung (dem Verfahren in judicio) ein Vorbereitungsverfahren

Digitized by Google

(in jure) voraus, welches ausschließlich zur Feststellung des Proceßverhältnisses „ad constituendum judicium" bestimmt war. Denselben Zweck verfolgte im germanischen Proceß die Verhandlung über die Pflicht zum Antworten, im romanischen der mit dem Namen „praeparatoria judicii" bezeichnete Abschnitt. Aehnlich verhält es sich auch mit der Behandlung der fins de non-recevoir des französischen Verfahrens. Im gemeinen deutschen Civilproceß geht zwar seit dem jüngsten Reichsabschied das Vorbereitungsverfahren zum größten Theile nicht mehr *vor*, sondern *neben* dem Hauptverfahren her, ohne aber deßhalb innerlich mit demselben verschmolzen zu sein. Die neueren deutschen Civilproceßordnungen sind auch zu der consequenten zeitlichen Abgrenzung beider Abschnitte wieder zurückgekehrt.

Da die Proceßvoraussetzungen den Stoff des Vorbereitungsverfahrens bilden, so treten sie auch in die innigste Beziehung zu dem *Schlußakt* dieses Verfahrens, der entweder in einer litis contestatio oder in einer absolutio ab instantia (Abweisung der Klage angebrachtermaßen — der römischen denegatio actionis) besteht. Beide Alternativen sind lediglich das Ergebniß einer Prüfung des Proceßverhältnisses, gerade so wie die condemnatio und absolutio ab actione aus der Untersuchung des materiellen Streitverhältnisses hervorgehen. Die Litiscontestation ist die *positive*, die Abweisung angebrachtermaßen die *negative* Antwort auf die Frage, ob die Existenzbedingungen des Proceßverhältnisses vorliegen. Erst von diesem Gesichtspunkt aus kann man jene beiden Proceßinstitute vollständig begreifen.

Noch ausgiebiger ist die Gesammtbetrachtung der Proceßvoraussetzungen für die Lösung der wichtigen Frage, in wie weit die *Allegations-* und *Beweisverbindlichkeit* im Vorbereitungsverfahren dem Kläger, in wie weit sie dem Beklagten obliegt. Es ist einer der tiefsten Grund-

Digitized by Google

züge des gerichtlichen Verfahrens, daß der Verhandlungsstoff zwischen beide Parteien vertheilt wird: daß jede ihren Beitrag zur Begründung der richterlichen Ueberzeugung liefern muß. „Es erscheint als eine Forderung der natürlichen Billigkeit, in dem Kampfe der streitenden Parteien Sonne und Wind gleich zu vertheilen und nicht alle Last dem sein Recht suchenden Theile aufzubürden." Längst hat dieses Princip hinsichtlich des materiellen Streitverhältnisses zu einer genauen Scheidung von Klagthatsachen und Einreden, von rechtserzeugenden, rechtshindernden, und rechtsvernichtenden Thatsachen geführt. Es ist ein dringendes Bedürfniß, in ähnlicher Weise auch den Thatbestand des Proceßrechtsverhältnisses zu zerlegen und demgemäß vor allem zu untersuchen, welche Proceßvoraussetzungsthatsachen proceßbegründende, welche bloß proceßhindernde sind.

Einen ganz besondern Werth hat aber endlich die Ausscheidung der proceßvernichtenden Thatsachen. Sobald der Mangel einer Proceßvoraussetzung im Beginne des Verfahrens gerügt und bestätigt gefunden wird, kommt allerdings der Proceß gar nicht zu Stande. Wie aber, wenn jener Mangel gar nicht bemerkt worden und trotz desselben der Proceß zu Ende geführt ist? Muß man ihn dann stets noch nachträglich für ungültig erklären? Mit andern Worten: darf man so weit gehen, jeden Mangel einer Proceßvoraussetzung auch als einen Nichtigkeitsgrund zu betrachten? Wenn nicht, welchen von jenen Mängeln kommt diese Eigenschaft zu? Welche Proceßhindernisse sind, um einen nahe liegenden Vergleich zu brauchen, impedimenta dirimentia, welche bloß impedientia? Worin liegt das Princip für eine solche Unterscheidung? — Erst durch die Beantwortung dieser Fragen erhält die Lehre von den processualischen Nichtigkeiten ein sicheres Fundament.[7])

7) Es bedarf wohl kaum einer ausführlicheren Verwahrung gegen die Annahme, als sei die letztere Frage schon durch die schlimme, durch-

Digitized by Google

III. Die bisherige Theorie. — Die dilatorischen Proceßeinreden. — Beurtheilung der Proceßvoraussetzungen bloß vom Exceptionsstandpunkt aus. — Mängel dieser Lehre. — Nothwendigkeit ihrer Beseitigung. — Die Aufgabe.

Die im Vorstehenden angedeuteten Zielpunkte sind von der Civilproceßwissenschaft, — zum erheblichen Nachtheil auch für die Gesetzgebung — bisher nicht verfolgt, ja kaum ins Auge gefaßt worden, da es an dem Ausgangspunkt, der nur durch den Begriff des Proceßrechtsverhältnisses und der Proceßvoraussetzungen gewonnen werden kann, fehlte.

Man pflegt die oben hervorgehobenen Vorschriften betreffs des Gerichts, der Parteien und ihrer Vertreter, des Civilproceßgegenstandes, der Cautionen und der Reihenfolge der Processe, die wir nebst den Erfordernissen für die Klaganstellung als Proceßvoraussetzungen gekennzeichnet haben, nur etwa als im Allgemeinen nützliche und anempfehlenswerthe Vorkenntnisse für die Erlernung des Civilproceßrechts zu behandeln, in buntester Mischung mit allerlei andern Dingen, die zwar ebenfalls sehr wissenswerth sind, aber schlechterdings nicht für Erfordernisse zum Zustandekommen des Processes ausgegeben werden können, —

---

weg unbrauchbare Theorie von den „natürlich- und positiv-, absolut- und relativ-wesentlichen und außerwesentlichen Proceßbestandtheilen“ gelöst, wie sie sich z. B. bei Linde und selbst noch bei Osterloh vorfindet und auch in allen übrigen Lehrbüchern gelegentlich der Lehre von der Nichtigkeitsbeschwerde immer noch zum Vorschein kommt. Eine in abstracto unwesentliche Proceßrechtsregel ist schon an und für sich ein Unding, sie wäre keine Rechtsregel, sondern höchstens ein guter Rath. Vergl. über die geschichtliche Entwickelung jenes Dogma's Briegleb, summarische Processe. S. 70. 119–121. — Immerhin mag jenem Wirrwarr eine dunkle Ahnung von der Nothwendigkeit der oben verlangten Unterscheidung der Proceßvoraussetzungsthatsachen zu Grunde liegen.

Digitized by Google

den allgemeinen Pflichten des Gerichts und der Parteien, der Syndikatsklage, den Notaren, Succumbenzgeldern, der Legitimation zur Sache, den Zeitbestimmungen im Proceß, der Intervention u. s. w. — Der übereinstimmende Zweck, dessentwegen die oben hervorgehobenen Proceßgrundsätze allein aufgestellt worden sind, ihre gemeinsame Funktion im Proceß, ihre enge Beziehung zu dem Vorbereitungsverfahren, der Litiscontestation, zu der Abweisung angebrachtermaßen, wird dabei nicht erörtert, geschweige denn auf eine Unterscheidung nach den Gesichtspunkten der Anführungs- und Beweisverbindlichkeit sowie der Nichtigkeitsbeschwerde eingegangen.[8]) Wie wenig man sich der wahren Bedeutung jener Vorschriften für den Civilproceß bewußt ist, geht wohl am deutlichsten daraus hervor, daß der Verfasser unseres beliebtesten Civilproceßlehrbuchs im vollen Ernste sich deßhalb entschuldigt, daß er ihnen überhaupt Aufnahme in sein Werk verstattet habe. Er meint: „genau betrachtet" gehörten sie gar nicht in die Civilproceßtheorie, man habe sie nun aber einmal „des Zusammenhanges wegen" längst in dieselbe aufgenommen.[9]) Darauf hin hat sich denn freilich auch Bayer dazu verstanden, jenen „genau betrachtet gar nicht hinein gehörenden Lehren" ein volles Drittel seines Lehrbuchs einzuräumen.

8) Daß man schon im Einzelnen gelegentlich auf den einen und den andern Punkt hingewiesen hat, ist selbstverständlich; aber auch hierbei fehlt es an klarem Verständniß. Vergl. Cap. 8.

9) Bayer, Vorträge über den gem. deutschen Civilproceß §. 1. — Auch in dem gediegenen Lehrbuch von Wetzell sucht man vergeblich eine Gesammttheorie der Proceßvoraussetzungen; diese fallen in dem System Wetzell's sogar noch viel weiter auseinander, als es in dem allgemeinen Theil der übrigen Lehrbücher geschieht. — Gerade in dieser Beziehung wird der Mangel an Uebersichtlichkeit in der Wetzellschen Darstellung besonders empfindlich. Ein „System" des Civilproceßrechts kann nur auf dem Grunde der Begriffe „Proceß-

Digitized by Google

Wenn wir nun aber fragen, in welcher Weise man sich seither der doch schlechterdings unumgänglichen Aufgabe, die Funktion jenes Complexes von wichtigen Proceßregeln irgendwie anzugeben, entledigt hat, so machen wir die überraschende Wahrnehmung, daß dieß an einem sehr bescheidenen und seitab liegenden Plätzchen des Proceßsystems, gelegentlich der Lehre von der Klagebeantwortung, geschehen ist. Und zwar begegnen wir hier den Proceßvoraussetzungen in dem kümmerlichen, überaus schlecht passenden Gewande der dilatorischen Einreden, einer Verkleidung, die den wahren Inhalt nur noch mit Mühe erkennen läßt, das Wesen der Proceßvoraussetzungen völlig entstellt und aus der sie vor allen Dingen befreit werden müssen, ehe man es wagen darf, eine umfassende und vollständige Bearbeitung dieser ganzen Lehre in Angriff zu nehmen.

Nach der allgemein herrschenden Ansicht werden zwei Arten von dilatorischen Einreden unterschieden. Man nimmt an, daß nur ein Theil derselben — wie z. B. die exceptio pacti de non petendo intra certum tempus, non adimpleti contractus, excussionis — sich auf den eingeklagten Anspruch (die merita causae) selbst beziehe, die übrigen dagegen die Form seiner gerichtlichen Geltendmachung (den modus procedendi) betreffen. Nur jene entnähmen ihren Inhalt aus dem materiellen Recht, diese aus dem Proceßrecht. Nur die ersteren seien gleich den peremtorischen Einreden sachlicher Art. Die letzteren dagegen seien **Proceßeinreden** (exceptiones declinatoriae judicii, processualisch-dilatorische Einreden, Proceßeinwendungen).

---

rechtsverhältniß" und „Proceßvoraussetzung" aufgeführt werden. Auf diesen Grundlagen gewinnt das Proceßrecht eine einfachere, faßlichere und übersichtlichere Systematik, als irgend eine andere Rechtsdisciplin. Der Verfasser hat dieß in seinen Vorlesungen über das Civilproceßrecht zu erproben Gelegenheit gehabt.

Digitized by Google

Bei näherer Betrachtung stellt sich nun heraus, daß es gerade die oben aufgezählten Proceßvoraussetzungen sind, welche den Stoff zu den Proceßeinreden liefern: letztere sind nichts anderes, als negativ ausgedrückte, in Exceptionsform eingekleidete Proceßvoraussetzungen. Als solche Einreden werden namentlich aufgeführt [10])

1) anlangend die Proceßpersonen: die exceptio fori incompetentis, praeventionis, judicis inhabilis vel suspecti — deficientis personae standi in judicio — procuratoria vel deficientis legitimationis ad processum, deficientis tutorii vel syndicatus;
2) anlangend den Proceßgegenstand: die exceptio non rite formati processus;
3) anlangend die Klaganstellung und Klagmittheilung, sowie die Cautionsbestellung: die exceptio libelli obscuri vel inepti, termini nimis angusti, loci non tuti, praestandae cautionis pro expensis vel pro reconventione;
4) anlangend die Reihenfolge der Processe: die exceptio praejudicialis, connexitatis causarum, praeposteritatis u. s. w.[11])

Durch diesen Exceptionenkatalog glaubt man sich mit der Funktion, welche den Proceßvoraussetzungen im gerichtlichen Verfahren zukommt, vollständig abgefunden zu haben. Die herrschende Lehre betrachtet sämmtliche Erfordernisse für das Zustandekommen des Processes, den ganzen Thatbestand des Proceßrechtsverhältnisses lediglich von der negativen Seite, vom Exceptionsgesichts-

10) Vergl. oben das genau entsprechende Verzeichniß der Proceßvoraussetzungen.

11) Die noch sehr zahlreichen Ab- und Spielarten dieser Exceptionen s. in den im 2. Capitel Anm. 8 angeführten Werken.

Digitized by Google

punkte. Von einer Unterscheidung proceßbegründender und proceßhindernder Thatsachen ist keine Rede, man kennt nur proceßhindernde Thatsachen. Ueber den Thatbestand des Proceßverhältnisses gelten also noch dieselben Vorstellungen, wie sie bis vor wenigen Jahrzehnten über den Thatbestand des materiellen Streitverhältnisses verbreitet waren, wonach dieses ebenfalls in seinem ganzen Umfange vom negativen Standpunkte, als Exceptionsstoff, behandelt wurde, so daß man keinen Anstand nahm, selbst die Läugnung von rechtserzeugenden Thatsachen zu den Exceptionen zu rechnen.

Die dilatorischen Proceßeinreden weisen sich denn auch, ähnlich wie jene rein verneinenden sachlichen Einreden, als Exceptionen von einer sehr absonderlichen und höchst verwunderlichen Beschaffenheit aus. Ihnen gegenüber verzichtet man auf jede Durchführung der sonst von den Einreden geltenden und gerade ihr Wesen ausmachenden Grundsätze. Man giebt zu[12]), daß solche Proceßeinreden, ohne vom Beklagten vorgeschützt worden zu sein, schon von Amtswegen berücksichtigt werden dürfen, daß sie nicht immer vom Beklagten bewiesen zu werden brauchen, daß sie — auch wenn ihr Thatbestand gar nicht zur Kenntniß des Proceßgerichts gebracht worden sei, dennoch eine unheilbare Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge haben können, daß es bei einigen (welchen? wird nicht gesagt) genüge, „wenn sie auch nur ganz kurz bei ihren herkömmlichen Namen allegirt werden.“[13]) — Also Einreden, die überhaupt gar nicht vorgeschützt, Einwendungen, die gar nicht eingewendet zu werden

12) S. sämmtliche im Cap. 2 Anm. 8 angeführte Werke, vergl. Cap. 8 dieser Schrift.

13) Bayer, Vorträge über den gem. ordentl. Civilproceß §. 178 a. E. Linde, Lehrb. des Civilpr. §. 202 a. E. Osterloh, Lehrb. des Civilpr. 2, S. 65 (§. 196), vergl. Renaud, Lehrb. S. 216 a. E. Wetzell, System §. 14 a. E.

Digitized by Google

brauchen, oder wenn sich der Beklagte diese unnöthige Mühe nimmt, doch keiner thatsächlichen Begründung, noch weniger eines Beweises bedürfen, sondern nichts weiter als **Mahnrufe** an den Richter sind, er möge nicht etwa vergessen, der ihm schon ohnehin obliegenden und wohlbekannten Pflicht nachzukommen!

Ja man nimmt sogar nicht einmal Anstand, von Proceßeinreden zu sprechen, die der Kläger gegen den Beklagten vorschützen könne![14])

Daß diese ganze Lehre nicht eben eine glückliche zu nennen ist, darüber ist man längst einverstanden.[15]) Es ist wohl noch nie über eine Proceßlehre ein so arges und ärgerliches Verdammungsurtheil gefällt worden, wie gerade über diese.[16])

Dennoch ist sie bis jetzt unverändert beibehalten worden. Man beklagt sich über sie, sucht in dem Bewußtsein, daß man einen wunden Punkt berühre, möglichst schnell und oberflächlich darüber hinwegzukommen,[17]) aber — man sagt sich doch nicht von ihr los und setzt nichts anderes und nichts besseres an ihre Stelle. Noch immer läßt man sich durch sie den Blick für das wahre Wesen der Proceßvoraussetzungen trüben.

---

14) Z. B. die exceptio deficientis legitimationis ad processum passivae, die exceptio procuratoria für den Fall, daß der Vertreter des Beklagten ohne Vollmacht ist; s. Cap. 3, Abschnitt 2 A. 52.

15) Vergl. **Wetzell**, System §. 14 S. 120 a. E.

16) **Gesterding**, Ausbeute von Nachforschungen 2 S. 186, nennt sie „ein Monstrum, welches die Rechtswissenschaft entstellt, verwirrt, schändet."

17) Es ist deutlich bemerkbar, wie sehr sich alle Civilisten scheuen, bei der Erörterung des Exceptionen- und Einredebegriffes auch der Proceßeinreden zu gedenken, wie unbehaglich ihnen der Doppelbegriff der dilatorischen Exceptionen ist, und wie selbst die Proceßualisten diese Art dilatorischer Einreden von ihren übrigen Genossen, mit denen sie sich allerdings sehr schlecht vertragen, fern halten.

Digitized by Google

Und das gerade ist ihre schlimmste Folge. Es handelt sich nicht etwa bloß um eine ungenaue Redeweise, um einen durch Convention ja leicht festzustellenden besonderen Sinn des ohnehin so vieldeutig gewordenen Wortes „Einrede“ oder „Einwendung“, sondern um einen von Grund aus falschen und kranken Begriff, der die wichtigsten Theile des Civilproceßrechts verdeckt und an jeder gesunden Entwickelung verhindert. So lange man an der Proceßeinredentheorie festhält, ist es geradezu unmöglich, die oben bezeichneten höchst dringlichen Aufgaben zu lösen. Namentlich die Beweislastfrage muß so lange in völligem Dunkel bleiben.[18]) Der ganze Thatbestand eines Rechtsverhältnisses kann nimmermehr vom Standpunkte der Einrede, mag man dieses Wort auch in einem noch so unbestimmten Sinne auffassen, richtig beurtheilt werden. Eine Unterscheidung in proceßbegründende, proceßhindernde, proceßvernichtende Thatsachen verbietet sich von selbst, wenn man nur proceßhindernde Thatsachen kennt.[19])

Und leider haben die Proceßeinreden auch wieder in den neuen Proceßgesetzgebungen, namentlich auch in den Entwürfen zur deutschen und zur preußischen Civilproceßordnung ihren Platz behauptet, so daß schleunigste Abhülfe geboten ist, wenn nicht jene widerwärtige Theorie unter dem Schutze des Gesetzes sich auf die Dauer in ihrer Herrschaft befestigen soll.[20])

18) S. im Kap. 8 Belege dafür, wie sehr die Praxis gerade in diesem Punkt durch die Proceßeinredentheorie irre geführt worden ist.

19) Ueber die Versuche Wetzell's (§. 14 a. E. §. 45 S. 489), wenigstens einige Unterscheidung in die rudis indigestaque moles des Proceßeinredenstoffes zu bringen, s. Cap. 8. — Vergl. auch Reinhold, Zeitschr. für Civilr. u. Proceß, N. F. 13 S. 202. 203.

20) Preuß. Verordnung vom 21. Juli 1846. §. 5. 6; Entwurf einer Proceßordnung für das Großherzogthum Hessen Art. 309. 333. Hannoversche bürg. Proceßordnung §. 196, 197, 202; Badische

Digitized by Google

Diese Abhülfe kann aber nur auf demselben Wege gewonnen werden, auf welchem die Lehre von den Einreden bereits so viele Berichtigungen erfahren hat: durch ein Zurückgehen auf die Quellen, aus denen jene Einreden hergeleitet worden sind, durch ein besseres Verständniß des römischen Civilprocesses, durch eine gründliche und unbefangene Prüfung der römischen Rechtsüberlieferung. Auf diesem Wege wird man bezüglich der Proceßeinreden sogar zu besonders tief eingreifenden Ergebnissen geführt; man gelangt nicht bloß zu einer Berichtigung, sondern zu einer völligen Beseitigung dieser Lehre. Es stellt sich heraus, daß die ganze Lehre von den Proceßeinreden nur aus einer Verkettung der verschiedenartigsten Mißverständnisse des römischen Rechts hervorgegangen ist. Es ist nachweisbar, daß es im römischen Recht gar keine Proceßeinreden gegeben hat, sondern daß alle Einreden, exceptiones sowohl wie praescriptiones, das materielle Streitverhältniß betreffen.

Diesen Nachweis zu führen und dadurch die Hindernisse zu entfernen, welche der richtigen, von dem beschränkten Exceptionsgesichtspunkt unbeirrten Auffassung der Proceßvoraussetzungen noch entgegen stehen, ist die Aufgabe unserer weiteren Erörterungen.

Die vorauszuschickende dogmengeschichtliche Uebersicht ist bei dem einfachen, stetigen und von keinerlei Controverse gestörten Entwickelungsgang dieser Lehre auf das Kürzeste zu beschränken.

---

bürg. Proceßordnung §. 344, 345, Preuß. Entwurf v. J. 1864 §. 333; Deutscher Entwurf §. 243 (proceßhindernde Einreden). — Noch verworrener als im deutschen ist die Proceßeinredentheorie im französischen Civilproceß.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Dogmengeschichtliche Uebersicht.

Ableitung der Proceßeinredentheorie aus dem römischen Recht. — Einfluß des germanischen Rechts? — Die romanische — deutsche — moderne Doctrin. — Der gegenwärtige Stand der Lehre.

Die Lehre von den Proceßeinreden ist lediglich aus dem römischen Recht hergeleitet worden.[1]) Freilich mögen auch hier germanische Rechtsanschauungen zu der irrthümlichen Auffassung des römischen Rechts beigetragen haben. Dieser Einfluß war jedoch ein rein negativer. Dadurch, daß man vom einheimischen Gerichtsverfahren her keinen der römi-

1) S. die sorgsamen dogmengeschichtlichen Mittheilungen bei Pfeiffer, Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß, N. F. 12 S. 157 ff. Vergl. Planck, Beweisurtheil S. 186 Anm. 1: „Die Lehre von den einzelnen Exceptionen ist überhaupt romanisch und hat erst sehr allmählig auf deutschem Boden Eingang gefunden." — Nur von den materiellen proceßhindernden Einreden, den sog. exc. litis ingressum impedientes behauptet Planck, (S. 43. 110. 186) und zwar mit vollem Recht, daß sie germanischen Ursprungs seien, nicht aber von den proceßrechtlichen Einreden, was als die vermeintliche Ansicht Plancks von Wieding, der justinian. Libellproceß 1865 S. 724 angefochten, von Muther in der Recension dieses Werks (Krit. Vierteljahresschrift 1867 Bd. 9 S. 363—365) vertheidigt zu werden scheint.

Digitized by Google

schen exceptio adäquaten, aus dem übrigen processualischen und sachlichen Vertheidigungsmaterial herausgehobenen Einredebegriff kannte, war man, zumal bei der mangelhaften Kenntniß von den Grundlagen des römischen Civilprocesses, zu den vielen Mißverständnissen, namentlich zu der ungemessenen Ausdehnung des römischen Exceptionsbegriffs besonders disponirt. Die falsche begriffliche Formulirung der Proceßvoraussetzungen als bloßer Exceptionsthatsachen, um die es sich hier handelt, wurde aber von vornherein und stets im engsten Anschluß an das römische Recht aufgestellt, man meinte hierzu durch die römischen Rechtsquellen selbst genöthigt zu sein und verwirrte sich dadurch die aus der germanischen Verhandlung über die Pflicht zur „Antwort" etwa mitgebrachten gesunden Vorstellungen.[2])

Schon die Glossatoren glaubten in den Justinianischen Rechtsbüchern processualische dilatorische Einreden vorzufinden und unterschieden sie als exceptiones declinatoriae

2) Ueber die Behandlung der Proceßvoraussetzungen im germanischen Verfahren, die „Wehren" und „Vorreden" des Beklagten, um von der Antwort losgetheilt zu werden, s. die Nachweisungen bei Homeyer, Richtsteig Landrecht, S. 451; vergl. Planck, Beweisurtheil S. 42, 43, Michelsen, Oberhof zu Lübeck, Urtheil 42 (anlangend die Competenz), 63 (Vergleich) 72, 91 (contumacia des Klägers) Michelsen p. XVI, Bocksdorffs Gerichtsformeln No. 9 bei Böhlau Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 1 S. 440, ff., in denen übrigens schon die römische exceptio durchklingt. — Bei dem Mangel einer freien, spontanen Proceßleitung des Gerichts, der den germanischen Proceß auszeichnet, waren diese „Vorreden" von besonderer Wichtigkeit und gewiß waren die germanischen, mit dem römischen wie mit dem heutigen Proceßrecht ganz unverträglichen Grundanschauungen von der Nothwendigkeit, das Gericht an seine Pflicht zu mahnen, auch bei der Verkennung der römischen Behandlung der Proceßvoraussetzungen wesentlich mit im Spiel.

Digitized by Google

judicii s. fori von den materiellen dilatorischen Einreden, den exceptiones dilatoriae solutionis.[3])

Ihre vollständige Ausbildung erhielt die Proceßeinredentheorie in den systematischen Werken der romanischen Processualisten des 12.—15. Jahrhunderts, von denen sie mit großer Genauigkeit und Umständlichkeit behandelt wurde.[4]) Auch sie knüpften hierbei durchweg an

3) S. namentlich die gl. „exceptionem dilatoriam" ad l. 19 C. de prob. 4, 19, weiteres bei Pfeiffer S. 164—169. — Wieding S. 722—24 legt besonderes Gewicht darauf, daß auch schon im Brachylogus lib. IV tit. 10 n. l. 3 von einigen processualischen Präscriptionen die Rede ist. Eine „Unterscheidung zwischen proceßhindernden und andern dilatorischen Einreden" ist übrigens im Brachylogus nicht recht erfindlich; alle a. a. O. genannten Präscriptionen sind proceßrechtlich, alle proceßhindernd. Der Unterschied besteht nur darin, daß die eine, die praescriptio fori, vor den andern zur Verhandlung kommt. Jedenfalls wäre auch jene Unterscheidung eine ganz andere, als die von den Glossatoren zwischen den processualischen und materiellen dilatorischen Einreden aufgestellte gewesen. Anlangend die Bedeutung, welche Wieding dem Brachylogus für die Entwickelung des modernen Proceßrechts überhaupt zuschreibt, kann ich nur Muther a. a. O. (Anm. 1.) beistimmen.

4) Hierüber wird auf die ausführlichen Citate bei Pfeiffer a. a. O. verwiesen. Beizufügen ist etwa noch Ricardi ordo judiciarius ed. Witte 1851 p. 8 (de declinatoriis judiciorum) p. 9, p. 50, 51; Nicolaus de Tudeschis (Panormitanus) Colon. 1555 nennt die exceptio concernens processum eine exceptio emergens, die exceptio quae concernit factum principale eine incidens, zu dieser sinnlosen Nomenclatur scheint die l. 1 C. de ord. cogn. 3, 8 die unschuldige Veranlassung gewesen zu sein, wenigstens findet sich in der glossa Joa. ad h. l. schon eine ähnliche Unterscheidung der Exceptionen. Panormitanus führt auch proceßrechtliche replicationes und duplicationes etc. an. Die ärgsten Exceptionen-Distinktionen finden sich bei Rebuffus, exceptionum enarratio (in dem corp. juris gloss. ed. Baudoza 1593, 1600 vor dem tit. Dig. de except.)

Digitized by Google

das römische Recht an. Man berief sich auf mehrere dort vorkommende dilatorische Exceptionen, durch welche offenbar nicht der eingeklagte Rechtsanspruch selbst angefochten, sondern nur ein Mangel in der Proceßführung geltend gemacht werden solle, wie die exceptio procuratoria, praejudicialis und die praescriptio fori und folgerte daraus, daß die dilatoriae exceptiones überhaupt dazu bestimmt seien, eine fehlerhafte Proceßführung zu verhüten und den Beklagten von der Litiscontestation zu befreien (ad declinandum vel effugiendum judicium — ad impediendam litis contestationem). Daher vermeinte man auch nur im Sinne des römischen Rechts zu verfahren, wenn man nach dem Beispiel jener drei Einreden jeden irgend denkbaren Proceßhinderungsgrund als eine exceptio dilatoria behandelte und betitelte und auch die Verhandlung und Aburtheilung über alle diese Einreden vor der Litiscontestation vornahm.

Unverkennbar hat zu dieser ganzen Entwickelung das nunmehr längst aufgeklärte Mißverständniß eines Wortes viel, wenn nicht das meiste beigetragen. Man war nämlich fest davon überzeugt, die Römer hätten unter einer dilatoria exceptio eine exceptio, quae litem differt i. e. quae litiscontestationem et judicium impedit, eine proceßhindernde Einrede verstanden. Daß dieß unrichtig sei — daß die römischen Exceptionen Bestandtheile der formula gewesen waren und als solche auch erst in judicio, nach der Litiscontestation hatten zur Verhandlung kommen, nimmermehr also die Litiscontestation aufhalten können —, vermochte man freilich bei den damaligen kümmerlichen Kenntnissen vom römischen Civilproceß nicht zu ahnen, wenn man auch füglich hätte beachten sollen, daß die römischen Juristen nie vom „differre judicium" sondern stets vom „differre actionem" d. h. von einer Hemmung des Klagrechts

Digitized by Google

sprechen und daß „den Proceß verhindern" doch etwas anderes sei als „den Proceß verzögern."[5])

Die romanische Doctrin von den dilatorischen und insbesondere declinatorischen Einreden fand in Deutschland unverändert Aufnahme. Sie wurde in fast wortgetreuer Wiederholung sowohl von den Kameralschriftstellern, wie von den sächsischen Processualisten vorgetragen und auch von der Gesetzgebung und der Praxis genau befolgt.[6]) Letztere machte sogar aus jener Verwechselung von Proceßverhinderung und Proceßverzögerung leidigen Ernst; sie benutzte die „verzögerlichen, aufzüglichen" Einreden nicht etwa nur als Mittel ungehörige Processe zu verhüten, sondern geradezu und vorwiegend zum Verzögern und Verschleppen des

---

5) Darauf ist wohl zuerst Senckenberg, diss. praelim. cap. 3 §. 3 ad Zanger tractatus de exc. (ed. Senckenberg 1730 tom. I) aufmerksam geworden, ohne freilich dadurch zu irgend einer Bekämpfung der Proceßeinredentheorie selbst zu gelangen; er greift nur den Namen „dilatorisch" an; er gebraucht den Ausdruck exceptiones dilatoriae s. limitantes.

6) S. z. B. Mynsinger a Frundeck, singul. observat. 1585. cent. 1 observ. 97, 2 obs. 10, 4 observ. 27, 59; cent. 5 obs. 90 etc.; Gail, pract. observ. Colon. 1580, p. 107. 366. 423; — Vultejus, jurisprud. romana, 1652, lib. 2 cap. 24. 30; Treutler, commentar. judic. 1652 p. 83. 84. 90; — Henning. Goeden jud. ordinis proc. 1552 rubr. 2. 9. 12. 29, Rotschitz, processus juris 1529 Th. 1. art. 2. 3. ff. 9 sect. 2. Goldstein, practica 1604. pars 1 cap. 21 ff. Teuber, Formularbuch 1598, cap. 11. Termineus, gerichtlicher Proceß 1622. cap. 202. 203. Friederich, processus jud., Gerichtsproceß 1620 p. 20—34, Carpzow, processus juris 1657, tit. 9 art. 1. 2. 3. — Artikel des Kammergerichts von 1500, XIV. Reichskammergerichtsordnung v. 1507, V, v. 1523, III, 4. IV, 1. v. 1527 §. 9, v. 1555 III, Tit. 13 §. 1, Tit. 24—26. Reichsabschied v. 1570, §. 89, v. 1594 §. 59 63. J. Reichsabschied v. 1654 §. 37. 40.

Digitized by Google

gerichtlichen Verfahrens überhaupt,[7]) zum „Aufziehen", bis endlich der J. R. A. diesem Unfuge dadurch ein verzweifeltes Ende machte, daß er die Verhandlung über die meisten dieser Einreden in das Hauptverfahren verwies.

Abgesehen von dieser Aenderung besteht jene Lehre gerade so, wie sie einst von den romanischen Juristen aufgestellt worden war, noch in der heutigen Civilproceßtheorie fort[8])

7) Der Laienspiegel nennt sie „Einreden so die Sach verlengern", Termineus spricht von einer exceptio „die das Gericht verzeucht oder fleucht."

8) S. vornehmlich die monographischen Darstellungen von Zanger, tractatus de exceptionibus ed. Senckenberg 1730, tom. 1 p. 34—288, Senckenberg diss. praeliminaris ad h. tract. (wo nicht weniger als 100 peremtoriae und 64 dilatoriae exceptiones aufgezählt werden, ohne daß dabei die in cap. 5 §. 3 genannten Exceptionen: Tu es Judaeus vel Judaea, Tu es Hagenstolxius, die exceptio graviditatis etc. eingerechnet sind), Hahn, de exceptionibus 1738 thes. 41—57., Rivinus, specimen exception. forens. exhibens dilatorias 1738 mit vielen Nachweisungen über die sächsische Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Wehrn, theoret.-praktischer Grundriß der Lehre von den gerichtlichen Einwendungen 1790, §. 5 7. 27—29. 33—36, endlich das ganz unbrauchbare „Handbuch der dilatorischen Einwendungen im Civilprocesse" von Fischer, Wien 1825. Vergl. Albrecht, die Exceptionen 1835, S. 206—214, Schmidt, pract. Lehrbuch von den gerichtl. Klagen und Einreden, achte Ausgabe von Weber-Martin 1823, §. 120, 121; Puchta, das Proceßleitungsamt §. 7—10, Heimbach, Rechtslexicon 3 S. 673 ff. Ferner die Lehrbücher des Civilprocesses von Schaumburg, 3. Aufl. S. 133, ff. Claproth, II §. 136, Danz, 5. Aufl. §. 158—171, Grolman, 5. Aufl. §. 171, Linde, 7. Aufl. §. 159, 202, (Brackenhöft, Erörterungen zu Linde's Lehrb. S. 380. 394. 445 ff. Sintenis, Erläuterungen zu Linde, S. 383), Martin, 13. Aufl. §. 95, 96 (Vorlesungen S. 492), Heffter, S. 155. 157. 158, Schmidt, §. 97, Bayer, 8. Aufl. §. 177. 178. 209, Osterloh, §. 195. Wetzell, 2. Aufl. §. 14 S. 120. 121, §. 45 S. 488—490, §. 70 S. 886 Anm. 3. Renaud, §. 92, 199, 200. Briegleb, Einleit. in die Theorie der summar. Processe S. 76—79. Koch, der preuß. Civilproceß §. 130, 175.

Digitized by Google

Auch von den Fortschritten der römischen Rechtswissenschaft ist sie nicht berührt worden. Bemerkenswerth ist nur, daß Cujacius die Eintheilung der exceptiones dilatoriae in materielle und processualische zu vermeiden gewußt hat. Jedoch stellt auch er nirgends ausdrücklich in Abrede, daß es schon im römischen Recht dilatorische Proceßeinreden gegeben habe.[9]) Von seinen Zeitgenossen, namentlich von Donellus wird der römische Ursprung dieser Einreden als gewiß betrachtet und auf das entschiedenste hervorgehoben. Bei letzterem[10]) findet sich die beste Darstellung der herrschenden Lehre: sie mag statt weiterer Anführungen in ihren Hauptpunkten hier Platz finden. Er sagt von den dilatorischen Proceßeinreden: — comparatae sunt adversus perversam actionis institutionem nascunturque ex eo, quod non secundum judiciorum ordinem actio instituitur. — Id ejusmodi est, ut, quocunque modo quacunque in re pervertitur forma aut ordo judiciorum, illinc tamdiu exceptio sit judicii in totum recusandi causa. Pervertitur hic ordo aut in personis ad judicium pertinentibus, aut in genere actionis, aut in ordine actionis exercendae. In personis ad judicium pertinentibus puta actoris, rei, magistratus, judicis. Actoris et rei, cum is agit aut defensioni se offert, quem non oportet. Atque hoc in genere praecipuae celebrantur quae dicuntur procuratoriae exceptiones, cum is agit aut defensionem suscipit alieno nomine, qui idoneus procurator vel defensor non est —. Harum exceptionum frequens mentio in libris nostris numeranturque eaedem inter dilatorias exceptiones ut in l. 2 i. f. l. 3 de except., l. 19 §. 2 de probat., §. 11 J. de except. Ex

9) Observ. lib. 18 cap. 34, in opp. (Neapol.) tom. 9 p. 272. 273. 1244.

10) Comment. de jure civ. lib. 22 cap. 8 n. 5.

Digitized by Google

persona magistratus idem accidit cum apud eum agitur, cujus de ea re qu. d. a. jurisdictio non est —. Ex persona judicis, cum is judex datur, qui non est idoneus —. Ex hoc genere sunt quae dicuntur praescriptiones fori, quarum mentio est in l. ult. C. de exc., l. pen. in pr. C. de praescr., sic dictae, quod comparatae sint defugiendi ejus fori et tribunalis causa, in quo nunc res in judicium ab actore vocatur. — In ordine judiciorum eadem perversio est, cum ea actione prius agitur, qua majori et graviori causae praejudicium fit, cui praejudicium fieri non oportet: exstat de hoc ordine titulus in C. de ord. jud. — Hujus generis exceptiones illae sunt quae a Cicerone dicuntur translationes et judicii commutationes lib. 1 et 2 de Jnvent. — Competunt enim hae exceptiones judicii commutandi et in alias personas, alium locum, aliam actionem aliudve tempus transferendi causa. — Man bemerkt, wie eng ſich Donellus durchweg, ſelbſt bis auf die Unterſcheidung von magistratus und judex, an den römiſchen Proceß anſchließt.

Die erſten und die einzigen Bedenken gegen die Richtigkeit der herrſchenden Anſicht ſind von Geſterding erhoben worden, der auf einige ihrer widerſinnigen Conſequenzen voller Erbitterung hinwies.[11]) Aber er vermochte nicht den richtigen Weg zu ihrer Widerlegung zu entdecken und bequemte ſich ſchließlich ſelbſt zu dem Eingeſtändniß, daß ſie doch durch die römiſchen Rechtsquellen auf das unzweideutigſte beſtätigt werde. Er verſuchte ſeinen Widerſpruch nur dadurch aufrecht zu erhalten, daß er kurzweg den Rath ertheilte, man möge ſich an die „unpaſſenden" Ausſprüche der römiſchen Juriſten nicht kehren.

11) Geſterding, Ausbeute von Nachforſchungen Th. 2 (1827) S. 163 ff. namentl. 183–185. Aber auch er ſuchte nur die Meinung, daß es im römiſchen Recht dilatoriſche proceſſualiſche Exceptionen, nicht, daß es überhaupt proceſſualiſche Exceptionen gebe, zu bekämpfen.

Digitized by Google

Seitdem ist ein Widerspruch nicht mehr laut geworden, auch nicht von Seiten der neu erstandenen Wissenschaft des römischen Civilprocesses. Obgleich die Exceptionenlehre von ihr mit besonderer Vorliebe behandelt und durch zahlreiche und manche vortreffliche Forschungen von vielerlei Irrthümern gesäubert worden ist, so hat man doch gerade den schlimmsten, das Wesen der Exceptionen am meisten entstellenden Irrthum bestehen lassen. Man hat wohl aus der Reihe der angeblich römisch-rechtlichen Proceßeinreden einige wenige ausgeschieden, welche, wie die exceptio excussionis,[12]) offenbar materieller Art sind; oder, wie die exceptio pluris petitionis, im römischen Recht gar nicht existirt haben.[13]) Auch ist die unwichtige Wahrnehmung betont worden, daß einige processualische Exceptionen in der früheren Zeit des Formularprocesses den Namen praescriptio geführt haben.[14]) Daß es aber im römischen Civilproceß überhaupt Proceßeinreden, und zwar in der Form echter, der formula einzufügender und erst in judicio zu untersuchender exceptiones gegeben habe, wird mit ausnahmsloser Uebereinstim-

12) Gesterding a. a. O. S. 171. 172. L. Pfeiffer, die processualische Natur der Einrede der Vorausklage, Diss. 1846, Stuttg. §. 7.

13) Gesterding a. a. O. S. 202 – 204 (auch im Archiv für civ. Praxis 7, S. 106. ff.) — In der Praxis begegnet man freilich dem Irrthum von der dilatorischen (processualischen) exceptio pluris petitionis noch immer, s. z. B. Seuffert Archiv, 8 N. 301, Römer, Sammlung der Entscheidungen des O. A. G. Lübeck s. Frankfurt 1 S. 52; ebenso bei Helmolt, Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast S. 145, 152 und bei C. Sell in der Anm. 15 angeführten Dissertation p. 11.

14) Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. III, §. 95—97, Puchta, Institutionen 6. Aufl. II, §. 171, G. E. Schmidt, die gemischten Einreden 1839 S. 11 Anm. 9, Bayer, Vorträge über d. gem. Civilpr. §. 178, Pfeiffer, Zeitschr. f. Civilr. 11, S. 101—106.

Digitized by Google

mung für richtig angenommen.[15]) So sagt z. B. Savigny:

> Der den Inhalt der Exception bestimmende Rechtsgrund hat seinen Sitz zuweilen in Regeln des Processes,

15) L. Pfeiffer, über die dilatorischen Einreden und Proceßeinwendungen in der Zeitschr. für Civilr. und Proceß N. F. 11 (1854) S. 84—137. (ausschließlich das römische Recht behandelnd); Heffter, Institut. des Civilpr. S. 94, 95, Schilling, Institut. 2 §. 118; Schrader ad §. 10, 11 I. de exc. 4, 13, Savigny, System 5, §. 225 S. 171, Puchta Pand. §. 94, Göschen, Vorlesungen 1 §. 161; Sintenis Civilr. 1 §. 32, Arndts Pand. §. 102, Unger System des österreich. Privatr. 2 §. 125 Anm. 12 (§. 124 Anm. 3): die in Anm. 8 aufgeführten Civilproceßlehrbücher, namentlich Wetzell, System §. 14 S. 120 Anm. 92; Brackenhöft, Sintenis Erläuter., Albrecht a. a. O.; Helmolt Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast, S. 170 ff. Maxen Beweislast S. 16, Wächter Erörterungen 2 S. 12; Puchta Institutionen 2 §. 185 S. 232 §. 171. Anm. p. (Rudorff), Bethmann-Hollweg, der römische Civilproceß 1865 Bd. 2, §. 99 S. 405, 406; Bd. 3 1866 §. 154 S. 263—265 (1. Aufl. 262, 263). Wieding, der justinian. Libellproceß 1865, §. 5 S. 54. 55. §. 16 (besonders S. 241. 244.). Keller, der römische Civilproceß §. 32 und Rudorff, römische Rechtsgeschichte 2 §. 31 stellen zwar nicht ausdrücklich die übliche allgemeine Eintheilung in sachliche und processualische Exceptionen auf, erheben aber gegen die allbekannte und unbestrittene Lehre keinerlei Einspruch. (Die Bemerkung Kellers Anm. 395 und Rudorffs S. 111 Anm. 38 läugnet nur einen Unterschied der dilat. exceptiones hinsichtlich ihrer Wirkung auf das Klagerecht.) Einzelne Proceßeinreden werden sowohl von Keller (§. 35 S. 138, §. 34 S. 132) als von Rudorff (S. 108, 117,) unter besonderer Hervorhebung dieser ihrer Qualität anerkannt. — S. auch wieder C. Sell, de exceptionum usu, qui legis actionum tempore fuerit commentatio, Bonn. 1867, p. 4—11, der sich ebenso wie Pfeiffer für verpflichtet hält, des Breiteren zu untersuchen, ob es zur Zeit der Legisactionen schon proceßrechtliche Exceptionen gegeben habe.

Digitized by Google

indem er auf die exceptio fori, procuratoria, cognitoria, praejudicialis u. s. w. verweist. Ebenso unterscheidet noch Bethmann-Hollweg in seiner Darstellung des römischen Formularprocesses zwischen

Einreden, die sich auf die Sache selbst und denjenigen, die sich nur auf den Proceß, die Klagform beziehen,

und rechnet zu letzteren „nicht bloß die exceptio procuratoria, sondern auch die praescriptio fori u. A." Die Abhandlung von Pfeiffer über die dilatorischen Einreden und Proceßeinwendungen des römischen Rechts, in welcher die allgemein herrschenden Ansichten sehr weitläufig zusammengestellt, wenn auch keineswegs besser begründet sind, kommt darauf hinaus, daß es im römischen Proceß Exceptionen gegeben habe,

welche den materiellen Rechtsanspruch des Klägers ganz und gar nicht berühren

und

auf den Inhalt und die Beschaffenheit des klägerischen Rechts, gleichwie auf dessen Existenz und Geltung an sich schlechthin keinen Bezug haben.

Zu diesen Einreden werden aber gerechnet 1) die exceptio procuratoria und cognitoria 2) die exceptio litis residuae und litis dividuae 3) die exceptio oder praescriptio fori 4) die exceptio praejudicii. Sie sind nunmehr (Kap. 3—6) im Einzelnen einer genauen Prüfung zu unterwerfen, an der man es bisher hat völlig fehlen lassen.[16]) Die zahlreichen und sehr schwer wiegenden Gründe allgemeiner Art, welche gegen die Proceßeinredentheorie sprechen, werden den Schluß bilden. (Kap. 7. 8).

16) Man hält allgemein die Proceßeinredennatur jener Exceptionen — eben wegen der dürftigen Specialkenntniß derselben — für so ausgemacht und selbstverständlich, daß von einer Begründung dieser Ansicht kaum die Rede ist. Der Mangel jeder Specialuntersuchung ist namentlich in der monographischen Darstellung von Pfeiffer sehr auffallend.

Digitized by Google

Drittes Kapitel.

Die exceptio procuratoria und cognitoria.

Unter den vermeintlichen Proceßeinreden nimmt die exceptio procuratoria nebst der gleichartigen erst aus Gaius Institutionen bekannt gewordenen exceptio cognitoria die hervorragendste Stelle ein. Ueber diese dilatoria exceptio besitzen wir, wie schon Donellus hervorgehoben hat, die zahlreichsten und auch die klarsten Quellenzeugnisse. Sie vornehmlich hat zur Entstehung der Proceßeinredentheorie Veranlassung gegeben und dient auch noch jetzt als ihre festeste Stütze.[1]) Jedem Kenner des heutigen Civilproceßrechts scheint es auf den ersten Blick unbestreitbar, daß eine Einrede, welche die Legitimation processualischer Stellvertreter zum Gegenstande hat, außer aller Beziehung zu dem eingeklagten Rechtsanspruch selbst stehe. An der „verwünschten" exceptio procuratoria scheiterten auch die Bemühungen Gesterdings, die Existenz dilatorischer Proceßeinreden in Abrede zu stellen.[2])

1) Ueber die Proceßeinredennatur dieser Exceptionen herrscht völlige Uebereinstimmung: s. alle in Kap. 2 Anm. 15 angeführten Schriftsteller, außerdem z. B. noch Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten, S. 8, Anm. 4, Dernburg, Verh. der hered. pet. S. 46, Anm. 7, Schmid, die Grundlehren der Cession, 2. Bd. 1866. S. 49. 50.

2) Gesterding, Ausbeute. Bd. 2, S. 185: „Die verwünschte exceptio procuratoria, oder vielmehr der verwünschte Ulpian, Cajus, Justinian!"

Digitized by Google

Dennoch läßt sich die rein sachliche Natur dieser Einrede mit der größten Gewißheit feststellen. Hierzu bedarf es aber vorerst einer sorgfältigeren Untersuchung ihres Inhalts und ihrer Arten und einer genaueren Berücksichtigung des reichhaltigen Quellenmaterials, welches über diese exceptio zu Gebote steht, aber noch fast gar nicht durchforscht worden ist: man hat sie bisher mit einer flüchtigen, ganz unbestimmt gehaltenen Bemerkung abgefertigt.[3])

Die eingehende Betrachtung der exceptio procuratoria bietet auch ein allgemeineres Interesse, da ihr eine große Bedeutung für die ganze Lehre von der processualischen Vertretung zukommt.

Erster Abschnitt.

Inhalt und Arten der exceptiones procuratoriae und cognitoriae.

1. Exceptionen Mangels Vollmacht betreffs des procurator (replicatio procuratoria) — tutor, curator, actor — betreffs des cognitor? — 2. Exceptionen Mangels Fähigkeit. — Unfähigkeitsgründe. — Die Postulationsverbote? — 3. Verhältniß der beiden Exceptionsarten zu einander. — Geschichtliche Entwickelung. — Spätere Entstehung der Vollmachtseinreden. — Exceptio doli.

Die in Rede stehenden Exceptionen sind gegen die Legitimation des klagenden Proceßvertreters gerichtet: sie machen einen Mangel in seinem Stellvertretungsverhältniß geltend. Solche Legitimationseinreden kommen nicht etwa bloß bezüglich der procuratores und cognitores vor. Es giebt ähnliche Einreden auch für die übrigen Proceßvertreter: die tutores, curatores, actores.

---

3) Selbst bei Bethmann-Hollweg, dem wir so reiche Aufklärung gerade über die Lehre von der processualischen Vertretung verdanken, finden sich über diese Einrede nur die Worte: „Der Gegner kann —

Digitized by Google

Innerhalb dieses ganzen Complexes von Legitimationseinreden tritt nun folgender Unterschied klar hervor. Einige enthalten die Behauptung, daß die für den Kläger auftretende Person gar nicht zur Proceßführung ermächtigt, also ein falsus procurator, tutor, curator, actor sei. Andere gründen sich darauf, daß dem Principal oder dem Vertreter die Fähigkeit zur Bevollmächtigung fehle. Die Exceptionen der ersten Art sollen „Exceptionen Mangels Vollmacht," die der zweiten „Exceptionen Mangels Fähigkeit" genannt werden.

1. Exceptionen Mangels Vollmacht werden

a. bezüglich des procurator erwähnt in

l. 62 de procur. 3, 3 (Pompon. libr. 2 ad Plautium.

„Ad legatum petendum procurator datus, si inter„dicto utatur adversus heredem de tabulis exhibendis, „procuratoria exceptio „quasi non et hoc „esset ei mandatum" non obstat."

l. 78 §. 1 eod. (Africanus libr. 6 quaest.)

„Ad duas res petendas procurator datus si unam „rem petat exceptione non excluditur et rem in „judicium deducit."[4])

l. 6 de op. nov. nunc. 39, 1 (Julianus libr. 41 Dig.) „— et ideo neque exceptiones procura-

auch andere den Umfang der Vollmacht oder die Person des Dominus oder des Cognitors betreffende Einreden (exceptiones cognitoriae) vorschützen." (Röm. Civilpr. 2. S. 419). Aehnlich Keller, röm. Civilpr. §. 54 a. E.; Rudorff, röm. Rechtsg. 2 S. 236. 111. nennt bloß ihren Namen, ebenso Pfeiffer u. d. A.

4) Die willkürliche Aufstellung von Schlayer, Zeitschr. f. C. u. Pr. N. F. Bd. 9, S. 45, daß in dieser Stelle ursprünglich vom Ausschluß des dominus und von der exceptio rei in judicium deductae die Rede gewesen sei, bedarf keiner Widerlegung.

Digitized by Google

„toriae opponi ei debent nec satisdare cogendus est „ratam rem dominum habiturum.“ [5])

l. 39 §. 3 de damno inf. 39, 2 (Pompon. libr. 21 ad. Sab.) „— ut ei exceptio procuratoria non „noceat.“

l. 23 ratam rem 46, 8 (Julianus libr. 5 ex Mincio) „Procurator quum peteret pecuniam satisdedit am- „plius non peti; post judicium acceptum exstitit, qui et „ipse procuratorio nomine eandem pecuniam peteret. „Quaesitum est, quum is qui postea peteret procu- „rator non esset et propter hoc excepti- „onibus procuratoriis excludi posset, num „fidejussores prioris procuratoris tenerentur? —“

l. 20 C. de neg. gest. 2, 19 (Dioclet. et Max. a. 294—305.

„Tutori vel curatori similis non habetur, qui citra „mandatum negotium alienum sponte gerit. — De „ceteris vero, quae ab aliis exacta non sunt, ab hoc, „qui nec agendi quidem propter exceptionis „obstaculum facultatem habere potuit, exigi non „potest. —“

Diese Stellen behandeln sämmtlich den Fall, daß der klagende Stellvertreter nicht zur Proceßführung bevollmächtigt, also ein bloßer negotiorum gestor ist („quum procurator non esset“ = „qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit.“) Ein solcher Vertreter kann durch eine exceptio, welche der Mangel der Vollmacht rügt („quasi non hoc esset ei mandatum“) zurückgewiesen werden („propter hoc

5) Diese Stelle bezieht sich nach der Inscription und ihrem innern Zusammenhange nicht auf die ihr vorangestellte l. 5 eod. §. 20 (Ulp. ad Ed.) sondern auf l. 13 §. 2 eod. (Julian. libr. 41 Dig.) Erst so erhält l. 6 volles Verständniß. Blume, (Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. 4 zu S. 468) hat die hier vorliegende Umstellung nicht notirt.

Digitized by Google

exceptionibus procuratoriis excludi posset“=„nec agendi quidem propter exceptionis obstaculum facultatem habere potuit.“) — Hinweisungen auf den Inhalt dieser Exceptio und Anspielungen auf ihren Wortlaut kommen in den Quellen häufig vor.[6]) Für einen besonderen Fall giebt es auch noch eine exceptio procuratoria, die nicht in der Läugnung der klägerischen Vollmacht, sondern in der Behauptung, daß der Beklagte ebenfalls procurator des Principals sei, besteht und der dann wieder vom Kläger eine replicatio procuratoria entgegengesetzt werden darf:

6) L. 6 §. 5 de edendo 2, 13 (cauturum de rato, si mandatum ei non sit.) l. 19 de jurejur. 12, 2 (si itaque mandatum fuit procuratori, ut petat); l. 11 §. 7 de exc. rei jud. 44, 2. (procurator cui mandatum est) l. 3 §. 2 jud. solvi 46, 7 (cui mandatum est); vergl. l. 56 de jud. 5, 1, l. 13. §. 25 de act. emti vend. 19, 1, l. 23 de minor. 4, 4 (nisi si mandatu ejus gestum sit), Basil. interpr. et schol. ad lib. 8, tit. 2 n. 48. 57. 62. 87. (Theodor.) — Eine Verhandlung über die exceptio procuratoria ist offenbar auch gemeint in l. 56 de procur.: „Ad rem mobilem petendam datus procurator ad exhibendum recte aget.“ Das „recte agere“ weist auf eine Prüfung des Sachverhalts in judicio hin: vergl. l. 27 §. 7 de pactis, wo recte agere so viel wie exceptione pacti summoveri non posse bedeutet, ferner l. 31 §. 6 de inoff. 5, 3, auctor ad Herennium 2, 13, wie denn auch „agere posse“ am häufigsten im materiellen Sinne gebraucht wird. — Noch deutlicher ist die Beziehung von l. 57 pr. de procur. auf die exc. procur.; diese exceptio folgt in §. 1 nach. Ebenso verhält es sich mit l. 58 eod. — In den oben angeführten Stellen wird offenbar die exceptio procuratoria mit den Worten wiedergegeben, wie sie in jure vom Beklagten vorgebracht wurde. In der Formel selbst lautete sie selbstverständlich negativ „extraquam si mandatum non est“ (vgl. Rudorff, Rechtsgesch. 2, §. 31, Anm. 11). — Die eigenthümliche Gestaltung der exceptio procur. beim mandatum praesumtum und die l. 28 de procur., in welcher ebenfalls eine Vollmachtseinrede enthalten ist, soll bei einer andern Gelegenheit (s. Anm. 49) erörtert werden.

Digitized by Google

l. 47 de procur. (Julian. libr. 4 ad Urseium.) „Qui duos procuratores omnium rerum relinquit, nisi „nominatim praecepit ut alter ab altero petat, non „videtur mandatum utrilibet eorum dedisse.“

l. 48 eod. (Gaius libr. 3 ad ed. prov.) „Itaque si hoc specialiter mandatum est, tunc „excipiente eo, cum quo agitur: „si non mihi „mandatum sit, ut a debitoribus peterem,“ „actorem ita debere replicare „aut si mihi man- „datum est, ut a te peterem.“[7])

Es kann nämlich vorkommen, daß ein Gläubiger mehreren Personen zur Beitreibung seiner Forderungen Vollmacht ertheilt hat. Dritten Schuldnern gegenüber wird die Collision zwischen den verschiedenen Bevollmächtigten in der Weise behoben, daß, wenn sie solidarisch ernannt worden sind, derjenige, welcher zuerst klagt,[8]) wenn sie dagegen unabhängig von einander bestellt sind, derjenige, welcher zuletzt ernannt ist, die übrigen ausschließt[9]). Wie aber, wenn einer der Bevollmächtigten selbst Schuldner seines Vollmachtgebers ist und nun von dem andern Mitbevollmächtigten belangt wird? Diese Frage wird in den beiden angeführten Stellen beantwortet. Obgleich sich die verschiedenen Vollmachten keineswegs einander aufheben,[10])

7) Vergl. über diese beiden Stellen Cujacius observ. 26, 6.

8) L. 32 de procur. 3, 3. In diesem Fall war die exceptio rei in judicium deductae begründet.

9) L. 31 §. 2 de procur. In diesem Fall griff die procuratoria exceptio Platz. Die frühere Vollmacht war durch die spätere widerrufen.

10) Wie in der vorhergehenden l. 46 §. 7 eod. von Gaius libr. 3 ad ed. prov. bemerkt wird: Si duobus mandata sit administratio negotiorum, quorum alter debitor sit mandatoris, an alter cum eo recte acturus sit? Et utique recte, non enim ob id minus procurator intelligitur, quod is quoque cum quo agitur procurator sit.

Digitized by Google

so sei doch, wenn der Gläubiger Beiden Generalvollmacht ertheilt hat, nicht anzunehmen, daß er den Einen dem Andern habe unterordnen wollen, sondern er habe damit stillschweigend den Wunsch zu erkennen gegeben, daß Keiner den Andern belästigen solle.

Daher dürfe der bevollmächtigte Schuldner seinem Collegen, der ihn etwa belangen wolle, exceptionsweise seine eigene Vollmacht entgegenhalten, („si non mihi mandatum sit, ut a debitoribus peterem"). Nur wenn der Gläubiger ausdrücklich angeordnet habe, daß der eine Bevollmächtigte die Schuld vom andern beitreiben solle, dringe doch schließlich der Kläger durch, indem er sich replicando auf seine Specialvollmacht berufe („aut si mihi mandatum est, ut a te peterem").

b. Auch gegenüber einem falsus tutor hatte der Beklagte den Mangel der Klagermächtigung excipiendo geltend zu machen. Diese exceptiones entsprechen vollkommen den exceptiones procuratoriae. Während letztere die private Vollmacht des klagenden Vertreters läugnen (procuratorem non esse), stellen die exceptiones tutoriae seine amtliche Ermächtigung in Abrede (tutorem non esse):

l. 2 C. de eo qui pro tutore 5, 45 (Dioclet. et Maxim. a 294—305).

„Non utiliter nominatus tutor pupillorum nomine „agendo, licet ex eorum persona injunctas impleat „intentiones, exceptione si tutor non est sub„movetur."

l. 4 de administr. et peric. tutor. 26, 7 (Ulpian. libr. 9 ad Ed.[11])

11) Es ist beachtenswerth, daß diese Stelle, obgleich von den Compilatoren in die Lehre von der Vormundschaft gestellt, ursprünglich doch der Lehre von der processualischen Vertretung angehört hat. Von letzterer handelte Ulpian im lib. 9 ad Ed.

Digitized by Google

„— et si ita fuerit divisa (sc. administratio inter „tutores) unusquisque exceptione summovebitur „pro ea parte vel regione quam non administrat.“

Verweisungen auf den Inhalt und selbst auf den Wortlaut der exceptio tutoria finden sich z. B. in

l. 23 eod. (Ulp. libr. 9 ad Ed.)

„— quid tamen si dubitetur, an tutor sit vel an „duret tutor vel an gestus illi commissus sit.“

l. 3 §. 4 §. 5 judicatum solvi 46, 7 vergl. l. 39 pr. de adm. et per. tut.

Eigenthümliche exceptiones und replicationes curatoriae werden genannt in

l. 7 §. 1 §. 2 de curat. furiosi 27, 10 (Julian. libr. 21 Dig.).

Es handelt sich im §. 1 um einen Verkauf, im §. 2 um einen Proceß, den ein curator furiosi, ohne schon die cautio rem dementis salvam fore geleistet zu haben, Namens seines Pflegebefohlenen vorgenommen hat. Im Falle des §. 1 vindiciren später die Erben des furiosus die verkaufte Sache; der Käufer schützt die exceptio „si non curator vendiderit“ vor, diese wird aber wieder durch die replicatio „aut si non satisdatione interposita secundum decretum vendiderit“ beseitigt. Im Falle des §. 2 stellen die Erben des furiosus die vom curator erhobene Klage von Neuem an; der Beklagte will sich der exceptio rei judicatae inter se et curatorem bedienen, wird aber durch die replicatio „aut si non[12]) is, qui egit satisdederat“ zurückgewiesen, der

12) Das „non“ fehlt in der Flor., ist aber offenbar gemäß der Vulg. einzufügen, s. schol. ad Basil. libr. 38, tit. 10 n. 6. Heimb: δίδοσθαι ἐπλικατίονα ἀλλ' εἰ μὴ ὁ ἐναγαγών σοι κουράτωρ οὐ δέδωκε τὰ ἱκανά.

Digitized by Google

nur unter besonderen Umständen wieder durch eine doli triplicatio vorgebeugt werden könnte. [12a])

c. Endlich wird auch bekundet, daß ein falsus actor universitatis ebenfalls vermittelst einer exceptio zurückgewiesen wurde, wie denn überhaupt das Rechtsverhältniß des actor unter ähnlichen Grundsätzen wie das des procurator stand: [13])

l. 6 §. 2 quod cujusque univers. 4, 3 (Paulus libr. 9 ad Ed.)

„Quid si actor datus postea decreto Decurionum „prohibitus sit, an exceptio ei noceat? Et puto „sic hoc accipiendum, ut ei permissa videatur (sc. „persecutio), cui et permissa duret."

Die Bedeutung dieser „exceptio" wird aus dem Zusammenhange des l. 6 §. 2 cit. mit den vorhergehenden Stellen ersichtlich:

l. 3 eod.

„Nulli permittitur nomine civitatis vel curiae „experiri, nisi ei, cui lex permittit aut lege cessante „ordo dedit, quum duae partes adessent aut amplius „quam duae."

l. 6 §. 1 eod.

„quia non possit videri de ea re, quae adhuc in „controversia non sit, decreto datam persecu„tionem." [14])

12a) Eine sehr interessante Parallele zu diesen exceptiones und replicationes curatoriae bietet die replicatio bezüglich des tutor „quia rerum administrandarum jus ei non competit" gegenüber der exceptio jurisjur. in l. 17 §. 1 de jurejur. 12, 2.

13) L. 6, §. 4 quod cujusque univ. 3, 4. (— actor itaque iste procuratoris partibus fungitur.) Vergl. l. 34, §. 1 u. l. 17, §. 3 de jurejur. 12, 2, l. 11, §. 7 de exc. rei jud. 44, 2, l. 4, §. 2 u. pr. §. 1 de re jud. 42, 1.

14) Vergl. Edict. Venafran. lin. 61. 62. (— cui ex decreto decurionum ita ut supra comprehensum est, negotium datum erit, agent.).

Digitized by Google

d. Hinsichtlich des cognitor finden sich dagegen keine Exceptionen Mangels Vollmacht vor:[15]) die uns bekannten cognitoriae exceptiones sind, wie sich unter Nr. 2 zeigen wird, sämmtlich Exceptionen Mangels Fähigkeit. Und es liegt kein Grund vor, in dieser Beziehung eine Unvollständigkeit der Ueberlieferung anzunehmen oder etwa Interpolationen zu vermuthen. Vielmehr ist kaum denkbar, daß es cognitoriae exceptiones Mangels Vollmacht gegeben habe; solche Einreden hätten im entschiedensten Widerspruch zu dem Wesen der Cognitur gestanden. Denn ein cognitor mußte in förmlicher Weise in Gegenwart des Gegners seine Bestellung erhalten[16]); daher war letzterer gewiß selten in der Lage, die Bevollmächtigung in Zweifel zu ziehen oder es war doch eine etwaige Irrung hierüber leicht kurzer Hand in jure zu erledigen. Wo dieß nicht möglich war, konnte der klagende Vertreter auch nicht die bevorzugte Stellung eines cognitor, namentlich die Cautionsbefreiung, die eben nur auf der Liquidität der Vollmacht beruhte, in

---

Lex Malacitana cap. 67. In der exceptio actoria hat sicherlich eine Verweisung auf diese Bestallung gestanden; zweifelhafter ist, ob auch das Edikt sich hierüber genauer ausgesprochen hat, wie Rudorff, Zeitschrift f. Rechtsgesch. 4, S. 80 annimmt. Vergl. Bethmann-Hollweg, Civilpr. 2 S. 425, Anm. 86.

15) Bethmann-Hollweg, röm. Civilproceß, Bd. 2, S. 419 scheint anderer Meinung zu sein.

16) Cognitor certis verbis in litem coram adversario substituitur (Ga. 4, 83). Vergl. Bethmann-Hollweg, Civilproceß 2, S. 418. Daß sogar (vergl. interpret. ad l. 7 C. Theod. de cognitor. 2, 12.) die Bestellung des cognitor gewöhnlich erst vor Gericht vor sich ging, wird erheblich durch Ga. 4, 124 bekräftigt, da hier vorausgesetzt wird, daß die Vorschützung einer exceptio cognitoria den dominus zum Fallenlassen der Klage veranlassen könne, was doch nur dann als gewiß anzunehmen war, wenn der dominus selbst vor Gericht erschien. S. unten Abschnitt 3, a. E.

Digitized by Google

Anspruch nehmen und wäre in jeder Beziehung als ein procurator zu behandeln gewesen, so daß auch der Streit über seine Bevollmächtigung nur zu einer exceptio procuratoria geführt hätte.

2. Die Legitimationseinreden, die sonst noch in den Quellen aufgeführt werden, sind **Exceptionen Mangels Fähigkeit**, d. h. sie gründen sich darauf, daß der Principal oder sein Vertreter nicht die zur Vollmachtsertheilung oder -übernahme erforderlichen persönlichen Eigenschaften habe (non licere adversario dare vel fieri procuratorem, cognitorem.)[17])

Die Fähigkeit zur Bevollmächtigung war nämlich durch Ediktsbestimmungen mehrfach beschränkt, was sich ursprünglich zwar nur auf die cognitores bezog, später aber, ebenfalls durch das Edikt, auch auf die übrigen Proceßvertreter ausgedehnt wurde.[18]) Hiernach durften weder Weiber[19])

17) Die interpretatio zu den Basil. 8, 2 n. 78 (Heimb. 1, p. 402) nennt einen solchen Proceßvertreter: ἀχρήστως δοθείς (inutiliter datus). In Schol. 3 ad Basil. 22, 1 n. 19 (Heimb. 2. p. 473) heißt es „μὴ ὀρθῶς δεδόσθαι τὸν προκουράτωρα (non recte datum procuratorem). Die Bestellung ist erfolgt und an und für sich gültig, aber nicht wirksam.

18) Fragm. Vat. 322. 323.

19) Paul. sent. I, 2 §. 2; §. 11 J. de except. (4, 13); l. 41, 54 pr. de procur. (3, 3); l. 1, §. 1 de appellat. recip. (49, 5); l. 2 pr. de R. J. (50, 17); l. 4, 18, 21. C. de proc. (2, 13). Ueber die Unfähigkeit der Weiber zur defensio l. 2, §. 5. ad SC. Vellej. 16, 1. Hier begegnete sich das SC. Vellej. mit dem Verbot der Proceßvertretung; in Folge dessen wurde es auch mit diesem Verbot hinsichtlich der Weiber auf der passiven Seite strenger genommen und die defensio den Weibern selbst für nahe Verwandte nicht gestattet l. 2, §. 5, l. 3 cit.

Digitized by Google

noch Soldaten[20]) als Bevollmächtigte fungiren[21]), außerdem war — was erst Justinian aufhob — auch Infamie ein Hinderniß der Proceßvertretung und zwar galt dieß nicht bloß von der Infamie des Vertreters selbst, sondern auch von der des Principals.[22]) Wenn nun auf Seiten des

20) §. 11 J. cit.; l. 8, § 2 de procur. l. 6 C. Theod. eod. (2, 12); l. 7, 9, 13 C. Just. eod. (2, 13); l. 5 C. de cond. ob causam dator. (4, 6); l. 31 C. de locato (4, 65). Thalelaeus ad Basil. 8, 2 n. 81 et 87 (Heimb. 1 p. 403, 408), 409. Aus diesem Grunde wurde auch angenommen, daß ein Soldat, dem eine Sache judicii mutandi causa geschenkt worden sei, sie nicht einklagen dürfe (l. 11 de alienat. jud. mut. ca. 4, 7), während in andern Fällen die alienatio selbst als gültig angesehen wurde und nur eine actio in factum gegen den Veräußerer zur Folge hatte. Hinter der alienatio judicii mutandi causa durfte man füglich eine versteckte procuratio litis suchen („litem in militem transtulisse credatur"), wie umgekehrt jene sich unter dieser verbergen konnte (l. 4, §. 3 eod. l. 15 C. de proc. 2, 13; cf. l. 9 eod.) Vergl. bezüglich der Cession von Klagerechten an einen Soldaten Schmid, die Grundlehren der Cession 2, S. 328 ff. namentlich aber Ihering, Jahrb. f. d. Dogmatik 1, S. 145—150.

21) Weiber und Soldaten durften jedoch zu procuratores in rem suam bestellt werden (Paul. l. c.; l. 4. C. de procur. — l. 8, §. 2 de procur. l. 9 C. eod.) und für Verwandte im Freiheitsproceß auftreten (l. 3, §. 1. 2 de lib. ca. 40, 12), Weiber überhaupt, wenn Noth am „Mann" war, für nahe Verwandte prozessiren, was den Soldaten nie verstattet wurde (l. 7 C. de procur. l. 8, §. 2 D. eod. §. 11 J. cit.); man ließ sie dagegen in Sachen ihrer Compagnie zur Vertretung zu (l. 8, §. 2 de procur.)

22) Fragm. Vat. 324, Paul. sent. I, 2 §. 1. §. 11 J. cit. Vergl. l. 6 C. de procur., l. 10 C. depositi 4, 34. — Interessant ist, daß dieselben Unfähigkeitsgründe auch von der Anstellung einer Popularklage ausschlossen (l. 4. 6 de popular. act. 47, 23) : ein deutlicher Beweis für die Aehnlichkeit der Popularklagen mit den procuratorischen Klagen, die freilich nicht bis zur Gleichheit überschätzt werden darf: s. Ihering, Geist des röm. R. 1. S. 202. 203, Bruns Zeitschr. f. Rechtsg. 3, S. 379 ff.

Digitized by Google

Klägers ein solcher Mangel vorlag, so durfte ihn der Beklagte durch eine exceptio geltend machen:

Ga. 4, 124.

„Non solum autem ex tempore sed etiam ex per„sona dilatoriae exceptiones intelleguntur, „quales sunt cognitoriae, velut si is, qui per edic„tum cognitorem dare non potest, per cognitorem agat „vel dandi quidem cognitoris jus habeat, sed eum det, „cui non licet cognituram suscipere."

§. 11 J. de except. 4, 13.

„Praeterea etiam ex persona dilatoriae sunt excep„tiones quales sunt procuratoriae veluti si per „militem vel mulierem agere quis velit."

Theophilus ad. h. l., der sich genau an die weitere Darstellung von Gaius anschließt, giebt den Wortlaut jener exceptio folgendermaßen an:

„ὁ γὰρ ἐναγόμενος λέγει: ἀλλ' εἰ μὴ ἄτιμος εἶ σου „ὁ προκουράτωρ ἦγουν ὑπ' ἀτίμου ἐδοθῆς (namque „reus ait: nisi vero tu procurator infamis es aut ab „infami datus)."

Deutliche Anspielungen auf die Conception dieser Art von Einreden begegnen auch bei

Quintil., inst. orat. VII, 1 §. 19.

potest incidere quaestio: „An huic esse procu„ratorem liceat?" eod. §. 20.

quaeretur: „An ei, cujus nomine litigatur, procu„ratorem habendi sit jus?" — cf. eod. III, 6 §. 71. IV, 4 §. 6.

Exceptionen Mangels Fähigkeit werden ferner in folgenden Digestenstellen erwähnt:

l. 2 §. 4 de exception. 44, 1. (Ulpian. libr. 74 ad Ed.)

„— veluti procuratoria exceptio dilatoria est „nam qui dicit non licere procuratorio nomine agi

Digitized by Google

„non prorsus litem infitiatur, sed personam evitat.“[23])
Vergl. l. 3 eod. in f.

l. 19 §. 2 de probat. 22, 3 (Ulpian. libr. 7 Disput.) —

„Sed et si procuratoria quis exceptione „utatur eo, quod non licuisset adversario dare „vel fieri procuratorem, probare id oportet ob„jicientem exceptionem.“

Ebendahin zielt l. 43 §. 1 de procur. 3, 3 (Paul. libr. 9 ad Ed.)

„Quum quaeratur, an alicui procuratorem habere „liceat, inspiciendum est, an non prohibeatur procu„ratorem dare, quia hoc Edictum prohibito„rium est.“

Paulus giebt hier den Grund an, weßhalb die Beweislast bezüglich der Fähigkeitsfrage nicht den klagenden procurator selbst, sondern den Beklagten trifft: weßhalb also dieser im Wege der Einrede die Unfähigkeit nachweisen muß. Er findet den Grund in der negativen Ausdrucksweise der betreffenden Edictsstelle.[24])

---

23) Das „non licere procuratorio nomine agi“ weist auf einen zwar bevollmächtigten, aber zur Durchführung der Klage unfähigen Vertreter hin. Auch von Schmid, Cession 2, S. 81 wird diese Stelle bloß auf die Unfähigkeit bezogen. Darüber, daß sie wie auch die folgenden Stellen ursprünglich vom cognitor gelautet haben mögen, s. unten Nr. 3 a. E. und Abschnitt 4 a. E.

24) Bezeichnend genug für die musterhafte Sorgfalt, mit welcher das Edikt abgefaßt war und den Werth, den man seiner Wortfassung beimessen durfte! Jene Ediktsstelle lautete nach Fragm. Vat. 322: „ — agendi potestatem non faciam.“ Vgl. Thal. ad Basil. 8, 2, n. 83: Etenim — Praetor addidit, eos non invito adversario fieri procuratores. — Vergl. „edictum prohibitorium“ in l. 20, §. 10 de o. n. n. 39, 1. Beispiele einer ähnlich sorgfältigen Ediktsconception s. in l. 2, §. 1 quod legator. 43, 3; l. 5, §. 13 quod vi aut clam 43, 24. An eine solche Präcision des Ausdrucks, daß man es wagen könnte,

Digitized by Google

Von einer Einrede Mangels Fähigkeit ist endlich auch wohl nur zu verstehen:

l. 29 §. 4 mandat. 17, 1 (Ulpian libr. 7 Disput.) „Quaedam tamen etsi sciens ommittat fidejussor, caret „fraude, utputa si exceptionem procuratoriam „omisit sive sciens sive ignarus; de bona fide enim „agitur, cui non congruit de apicibus juris dis„putare sed de hoc tantum, debitor fuerit, nec ne."

Ulpian meint, daß der Bürge, welcher es versäumt habe, gegen den procurator des Gläubigers eine exceptio procuratoria vorzuschützen, deßhalb noch nicht den Regreßanspruch an den Hauptschuldner verliere, denn bei jener Einrede handle es sich doch nur um eine juristische Spitzfindigkeit.[25]) Dieser Grund trifft sehr wohl bei einer exceptio Mangels Fähigkeit zu,[26]) aber durchaus nicht bei einer Einrede Mangels Vollmacht. Die letztere hatte eine sehr reelle Bedeutung. Der Bürge, der von einer gar nicht bevollmächtigten Person belangt wurde und den ihm bekannten

---

danach die Vertheilung der Beweislast zu bemessen, ist bei modernen Gesetzgebungsarbeiten wohl noch kaum gedacht worden! Diese Betrachtungen ergeben, daß die l. 43, §. 1 cit. keineswegs wie Keller, Litiscontestation und Urtheil, S. 328, Note 6 meint, etwas Triviales enthalten, sie trägt vielmehr wesentlich zur Aufklärung des ganzen Instituts der procuratoriae exceptiones und insbesondere zur Begründung der l. 19, §. 2 de prob. cit. bei. Es erledigt sich dadurch auch der Kellersche Restitutionsvorschlag („quia hoc edictum prohibitorium commune est").

25) In ähnlicher Weise hatte sich schon Julian nach dem Bericht Ulpian's in l. 10, §. 12 eod. dahin ausgesprochen, daß dem Bürgen die Versäumung einer schikanösen Einrede (exceptio minus honesta) unschädlich sei. Vergl. l. 1 C. de consort. 3, 40.

26) Vergl. §. 11 i. f. J. de exc.; Schol. ad. Basil. lib. 14 tit. 1 n. 29. Heimb. vol. II. p. 115 vers. „nam procuratoria exceptio legitimum morae solvendi est velamentum". In beiden Stellen wird nur von Fähigkeitseinreden gesprochen.

Digitized by Google

Mangel der Vollmacht geltend zu machen versäumte, setzte den Hauptschuldner mit vollem Bewußtsein der Gefahr einer nochmaligen Verurtheilung und doppelten Zahlung aus (periculum enim est ne iterum dominus de eadem re experiatur[27]). Es wäre widersinnig und vollends gegen die bona fides gewesen, den absichtlich blosgestellten Hauptschuldner für regreßpflichtig zu erklären, anstatt den Bürgen an den nicht bevollmächtigten Kläger zu verweisen, der ihm ja aus der cautio de rato haften mußte! Ulpian kann also unmöglich eine Einrede Mangels Vollmacht gemeint haben.[28]) Dies wird auch durch die Basilikenscholien bestätigt, welche zu dieser Stelle wiederholt bemerken, es handle sich um den Fall, wo ein Weib oder ein Soldat als Vertreter geklagt habe.[29]) Daß aber in l. 29 §. 4 cit. „exceptio procuratoria" schlechthin für „Einrede Mangels Fähigkeit" steht, ist leicht erklärlich. Die Compilatoren der Digesten haben höchst wahrscheinlich mit der Stelle Ulpian's dieselbe Aenderung vorgenommen, welche die Institutionen des Gaius 4, 124 in der entsprechenden Stelle der Justinianischen Institutionen (§. 11 de except. cit.) erfahren mußten: man hat „procuratoria exceptio" für „cognitoria exceptio" gesetzt. Ulpian hatte mit „cognitoria exceptio" nichts Zweideutiges gesagt; diese exceptio war ja, wie bereits gezeigt worden ist, ausschließlich eine Einrede Mangels Fähigkeit. —

27) Ga. 4, 98.

28) Wie z. B. Schmid, die Grundlehren der Cession, Bd. 2. S. 70. N. 36 unbedenklich annimmt und daraus ungehörige Folgerungen gegen Chambon, Negotiorum Gestio S. 85 ff. zieht. — Jedoch soll nicht verschwiegen werden, daß in l. 14 de Publ. act. 6, 2 die Versäumung einer Einrede, welche der exceptio procuratoria Mangels Vollmacht sehr nahe kommt, doch nicht zum Verlust des Regreßanspruchs führt. Aber hier wird ignorantia, in l. 29, §. 4 ausdrücklich scientia des Beklagten vorausgesetzt.

29) Basil. 14, l. n. 29.

Digitized by Google

Die Fähigkeitseinreden hatten, laut der Quellenzeugnisse, ein eng begrenztes Gebiet; sie scheinen nur für die oben aufgeführten drei Unfähigkeitsgründe (weibliches Geschlecht, Soldatenstand, Infamie) gegolten zu haben. Es fragt sich nun, in welcher Weise die anderen Mängel des Stellvertretungsverhältnisses zur Verhandlung gekommen sein mögen, z. B. die Handlungsunfähigkeit des dominus oder des Vertreters? Eine direkte Antwort findet sich in den Quellen nicht vor. Unbedenklich ist aber anzunehmen, daß jene Verhandlung nicht vermittelst der Fähigkeits-, sondern im Wege der Vollmachtseinreden instruirt wurde. Die Fähigkeitseinrede setzt eine an sich gültige Vollmacht voraus. Wenn aber der Vertreter entweder selbst handlungsunfähig oder von einem handlungsunfähigen dominus bevollmächtigt war,[30]) so lag gar keine rechtsbeständige Vollmacht vor: mandatum non erat; daher war der Beklagte nur auf die exceptio „extraquam si non mandatum est" angewiesen und durch diese genügend geschützt.[31]) Ermangelte der Principal etwa gar der Rechtsfähigkeit, war er Sklave, so bedurfte es nicht einmal einer exceptio, um seinen procurator zurückzuweisen. Da hier der Kläger überhaupt kein Klagrecht haben konnte, so mußte der Beklagte schon ipso jure freigesprochen werden:

l. 44 §. 1 de jud. 5, 1.

„ — quum postea servus apparuerit, cujus nomine „per procuratorem fuerit actum, absolvi debitorem „oportere."

30) Vergl. l. 2, §. 1 de procur. (furiosus), l. 18 de auct. et consensu 26, 8 (pupillus). Fragm. Vat. 326. 327 (mulier).

31) Auch die Vollmacht, welche der actor universitatis einem procurator ertheilte, mußte schon an und für sich, Mangels der Dispositionsfähigkeit ungültig sein: l. 74 de procur. Dieser Mangel wäre daher ebenfalls durch eine Vollmachtseinrede zu rügen gewesen. Aehnlich ist der Fall der l. 2, §. 1 sol. matr. 24, 3.

Digitized by Google

Vergl. l. 33 pr. §. 1 de procur. 3, 3
l. 6 C. de jud. 3, 1.[32])

Wenn der Principal sich noch in patria potestate befand, so verhielt es sich, soweit ihm die Vermögensfähigkeit fehlte, ähnlich wie bei dem servus.[33]) Ohne exceptio kam man auch in den Ausnahmsfällen einer sachlichen Unzulässigkeit der Proceßvertretung und wenn dem Vertreter überhaupt die Proceßfähigkeit fehlte, aus: diese Untersuchungen gehörten zur constitutio judicii und wurden stets in jure erledigt.[34])

Eine andere Nebenfrage ist die, in welchem Verhältniß die Fähigkeitseinreden zu dem jus postulandi gestanden haben mögen? Es ist nämlich offenbar, daß in vielen Fällen, wo eine exceptio cognitoria oder procuratoria Mangels Fähigkeit begründet war, auch schon ein Postulationsverbot bestand, z. B. gegenüber Frauen und einigen Klassen der infames: diese durften nicht für andere plaidiren, mußten also schon in jure vom magistratus von Amtswegen zurückgewiesen werden. So viel ist nun selbstverständlich, daß es in diesen Fällen gar nicht erst zu einer exceptio kommen konnte. Deßhalb wurde aber die exceptio procuratoria und cognitoria nicht etwa schon völlig überflüssig gemacht; diese Einrede reichte immer noch weiter als das Postulationsverbot. Denn erstens wurden die Frauen und Ehrlosen

32) Eine Ausnahme, wonach Sclaven im Nothfall ihren Herrn vertreten durften, wurde in l. 1 C. si per vim 8, 5 aufgestellt.

33) Im Allgemeinen war der filiusfamilias activ und passiv zur Bevollmächtigung fähig l. 33 pr. de jud. l. 10, §. 1 de in rem verso 15, 3.

34) S. z. B. l. 45 §. 1 de procur. („causa cognita"). l. 40 eod. — l. 6. 7. C. de jud. 3. 1. l. 12. C. de procur. 2, 13 cf. l. 15; pr. de jud. — Ein erst in der spätern Kaiserzeit geschaffener besonderer Unfähigkeitsgrund (potentiores: tit. C. ne liceat potentioribus 2, 13 vergl. l. 3 C. ne fiscus 2, 18) scheint nicht mehr zu einer exceptio procuratoria erwachsen zu sein. Vergl. das Ende dieses Kapitels.

Digitized by Google

durch das edictum de postulando doch nur am persönlichen Plaidiren für Andere verhindert, nicht daran, im fremden Namen zu klagen und dabei durch eine andere Person das Wort führen zu lassen; letzteres konnte allein durch die exceptio procur. verhütet werden: der Beklagte war durch diese exceptio in den Stand gesetzt, Frauen und Ehrlose, wenn sie sich eines Advokaten bedienten, von der Prozeßvertretung fernzuhalten. Zweitens war die postulatio alieno nomine nur einigen Arten von infames untersagt,[35]) die eigentliche Prozeßvertretung aber wohl allen infames; der nicht von der Postulation ausgeschlossenen infames hatte sich also der Beklagte immer durch eine exceptio zu erwehren. Deßhalb hebt denn auch Paulus sent. I, 2 §. 1 bei den postulationsunfähigen infames ausdrücklich hervor, daß diese selbst nicht mit Willen des Gegners zugelassen werden („etiam volentibus adversariis cognitores fieri non possunt"), er deutet damit an, daß es hier auf eine Einwendung des Beklagten gar nicht ankommt, daß die Vorschützung einer exceptio also nur in den übrigen Fällen abzuwarten sei. Gerade auf letztere deutet Thalelaeus ad Basil. 8, 2 n. 81 mit folgenden Worten, die gewissermaßen die Ergänzung zu dem von Paulus Vorgetragenen bilden, hin:

„ἀμέλει ἐν μὲν ἄλλοις προσώποις ἀπηγορευομένοις
„ὁ πραίτωρ προσετέθει τὸ μὴ ἄκοντος τοῦ ἀντι-
„δίκου γίνεσθαι αὐτοὺς προκουράτωρας (etenim
„in aliis personis prohibitis Praetor addidit eos non
„invito adversario fieri procuratores)."

Aus dem Vorbemerkten ergibt sich unter anderm die Unrichtigkeit der Ausführungen von Schmid über die Unfähigkeit zur Cognitur und Prokuratur, insofern er diese Unfähigkeit für gleichbedeutend mit jenen Postulationsverboten hält und annimmt, daß letztere hätten durch eine

35) S. 1 §. 7—11 de postul. 3, 1.

Digitized by Google

exceptio procur. vel cogn. geltend gemacht werden können und daß auch alle weiteren Postulationsverbote (z. B. Alter unter 17 Jahren, Taubheit, Stummheit, Blindheit) als Gegenstände der exceptio procuratoria und cognitoria zu betrachten seien.[36])

3) Die einzelnen bisher angeführten von der exceptio procuratoria handelnden Stellen beziehen sich, wie gezeigt worden ist, immer bloß auf die Vollmachts- oder bloß auf die Fähigkeitseinreden. Die einzige Erwähnung einer exceptio procuratoria, die ihrem Inhalt nach[37]) unbedenklich sowohl von einer Vollmachts- als von einer Fähigkeitseinrede verstanden werden darf, findet sich in

l. 57 §. 1 de procur. 3, 3 (Ulp. lib. 74 ad Ed.) — „Si quis remisit exceptionem procuratoriam, „non poterit ex poenitentia eam opponere."

Nirgends werden aber jene beiden Exceptionsarten etwa gemeinschaftlich abgehandelt. Das Auffallende, welches eine solche getrennte Behandlung zweier eng zusammengehöriger Begriffe hat, wird noch gesteigert, wenn man die Inscriptionen der mitgetheilten Stellen betrachtet. Es zeigt sich, daß auch schon die römischen Juristen die Vollmachtseinreden von den Fähigkeitseinreden abgesondert haben. Die letzteren werden bei der Lehre von den Exceptionen aufgeführt.[38]) Die ersteren bleiben hier gänzlich unberücksichtigt,

36) Schmid, Grundlehren der Cession 2 §. 8 S. 80—88. Aehnlich Wieding, Libellpr. S. 239. S. jedoch Keller, Civilpr. S. 223 bis 224 Not. 640 und Huschke, not. 2 ad Paul. sent. l. c. Jurisprud. antejustin.

37) S. aber die folgende Anmerkung.

38) Ga 4. 124, §. 11 J. de exc. l. 2. §. 4 D. de exc. (Ulp. libr. 74 ad Ed.). Quintilian spricht ebenfalls nur von dieser Art von procur. exc. Nach der Inscription zu urtheilen, würde auch l. 57 §. 1 de procur. (Ulp. 74 ad Ed.) nur auf die Fähigkeitseinreden zu beziehen sein.

Digitized by Google

sie kommen namentlich gelegentlich der Lehre von der Proceßvertretung zur Sprache.[39])

Diese Beobachtung gestattet einen sicheren Rückschluß auf die geschichtliche Entwickelung: sie zeigt die untrüglichen Spuren einer successiven Ausbildung der Legitimationseinreden. Wären beide Arten gleichzeitig entstanden und zusammen entwickelt, so müßte ihre Zusammengehörigkeit auch in den Quellen irgendwie hervortreten. Ihre getrennte Behandlung beweist, daß ursprünglich nur die eine Art existirt hat und erst später, durch neue Bedürfnisse hervorgerufen, die andere hinzugekommen ist.

Darauf weisen auch andere Umstände hin. Die processualische Vertretung hatte mit der Cognitur begonnen. Gegen einen Cognitor konnte aber nur ein Mangel der Fähigkeit, nicht der Vollmacht eingewendet werden. Daher gab es anfänglich nur Legitimationseinreden Mangels Fähigkeit. Als man nun anfing die Bestimmungen über die Cognitur auf die Prokuratur auszudehnen — und dieser Gang der Entwickelung ist gerade in der hier in Frage stehenden Beziehung durch fragm. Vat. 322. 323 genau beglaubigt — hatte man zunächst auch nur Veranlassung, exceptiones procuratoriae Mangels Fähigkeit aufzustellen. Die Legitimationseinreden Mangels Vollmacht dagegen waren ein neues, selbstständiges Erzeugniß des Prokuraturrechts: erst seit man Vertreter mit illiquider Vollmacht zuließ, konnte die Vollmacht zum Gegenstand gerichtlichen Streits werden.

Es ist zu vermuthen, daß man zu dieser Neubildung erst allmälig vorgeschritten ist. Der Beklagte war ja gegen unbeauftragte Stellvertreter schon immer durch die

39) Ulpian. libr. 9 ad Ed.: l. 4 de administr. et periculo, l. 23 eod. (s. oben 1, b). Paulus libr. 9 ad Ed.: l. 6 §. 2 quod cujusque univers. (s. 1 c).

Digitized by Google

cautio rati vor dauerndem Schaden behütet. Erst im Laufe der Zeit mochte ein weiteres Mittel, um das vergebliche Processiren mit unbeauftragten Stellvertretern sofort zu verhindern, wünschenswerth erscheinen. Hierzu bot die Form der exceptio die bequemste Handhabe: nach dem Vorbilde der Fähigkeitseinreden wurden auch Vollmachtseinreden aufgestellt und kamen in Uebung, ohne vielleicht noch wie jene im Edikt ausdrücklich erwähnt zu werden. Für die letztere Vermuthung spricht auch der Umstand, daß uns nur über die Unfähigkeitsfälle besondere Edictsbestimmungen überliefert sind, und namentlich daß in den Basiliken bloß die Fähigkeitseinreden gerade auf das Edikt selbst zurückgeführt werden:

interpret. ad Basil. 8, 2 n. 78 (Heimb. I. p. 402).
„— ἐὰν ἐντέλλομαί τινι ἄλλως πως κεκωλυμένῳ
„δίδοσθαι προκουράτωρα καὶ μηδενὸς ἀντιτιθέντος
„αὐτῷ τὴν ἀπὸ τοῦ ἐδίκτου παραγραφὴν
„συγχωρηθείη — (si alicui, alio modo procuratorem
„dari prohibito actionem mandavero, isque nemine
„exceptionem ex edicto, opponente admittatur).
vergl. Thalel. ad Bas. 8, 2, 81 (Heimb. 1, p. 403 i. f.)

So erklärt es sich, daß die römischen Juristen in ihren Commentaren zur Exceptionsrubrik des Edikts und Gaius auch in seinem Institutionen-Commentar nur der Fähigkeitseinreden gedenken. Auf die Vollmachtseinreden wurde nur da, wo es das praktische Bedürfniß verlangte, verwiesen und daher mag es gekommen sein, daß die römischen Juristen sich des Gesammtbegriffs der Legitimationseinreden kaum bewußt geworden sind.

Uebrigens ist die Schöpfung der Vollmachtseinreden nicht etwa erst in das Ende des zweiten Jahrhunderts zu versetzen:[40]) schon Gaius (l. 48 de procur.), Pompo-

40) In welche Zeit wenigstens von mancher Seite eine andere angebliche, aber schwer nachweisbare Veränderung des Prokuraturrechts — be-

Digitized by Google

nius (l. 62 eod. l. 39 §. 2 de damno inf.) und auch der Redaktor des edictum perpetuum (l. 23 ratam rem; l. 6 de o. n. n.) kannten diese Art von Einreden, wie denn überhaupt das classische Legitimationsrecht mit Julianus zum Abschluß gelangt zu sein scheint.[41]) Jedoch dürften sich diese Einreden auch nicht aus viel früherer Zeit herschreiben.[42]) Darauf deutet die Bemerkung von Gaius 4, 84 hin:

„Procurator vero nullis certis verbis in litem sub-
„stituitur, sed ex solo mandato et absente et igno-
„rante adversario constituitur: quin etiam sunt,
„qui putant, vel eum procuratorem vi-
„deri, cui non sit mandatum, si modo bona
„fide accedat ad negotium et caveat, ratam
„rem habiturum“;

eine Stelle, die erst durch die dargelegte geschichtliche Entwickelung Licht erhält. Sie erinnert an eine Zeit, wo man sich der Klage eines unbeauftragten Stellvertreters noch nicht vermittelst einer exceptio erwehren konnte, sondern

---

züglich der consummirenden Wirkung des procuratorischen Processes für den dominus — verlegt wird: Bethmann-Hollweg, Civilproceß 2 S. 436 ff.

41) Gerade von Julian rühren sehr viele bedeutsame Aeußerungen über die Procuratoren, namentlich über die Legitimation derselben her: l. 47. 75. 76 de procur. 3, 3; l. 6 §. 12 de neg. gest. 3, 5; l. 7 §. 1, 2 de curatoribus 27, 10; l. 13, l. 34 §. 4, 6 de solut. 46, 3; l. 25 §. 2 de exc. rei jud. 44, 2; l. 22. 23 ratam rem 46, 8; l. 6 ne quid in loco publ. 43, 8. Auch berufen sich in dieser Lehre die späteren Juristen besonders auf Julian: l. 9 §. 6 de jurejur. 12, 2, l. 14 de cond. causa data 12, 4, l. 6 §. 3 de cond. ind. 12, 6; l. 35 §. 3, l. 40 pr. de procur. 3, 3; l. 23 de administ. 26, 7.

42) Beachtenswerth ist auch, daß Quintilianus nur die Fähigkeitsfrage erwähnt, s. die oben unter Nr. 2 angeführten Stellen.

Digitized by Google

sich mit der cautio rati begnügen mußte. Daß Zeitgenossen von Gaius, dem die Vollmachtseinrede doch schon bekannt war, noch von ihr abstrahiren durften, ist zugleich ein Beleg für die oben geäußerte Vermuthung, daß diese Art von Legitimationseinreden nicht förmlich im Edikt aufgestellt, sondern nur durch die Praxis eingeführt worden sein mögen.

Der Vorbehalt der von Gaius gedachten Dissentienten „si modo bona fide ad negotium accedat" weist vielleicht bloß auf die doli clausula der cautio rati hin.[43]) Oder ist damit etwa eine exceptio doli gemeint, welche dem unbeauftragten Stellvertreter, falls er durch den Proceß unredliche Absichten verfolgte, entgegengestellt werden durfte?[44]) Die Zulässigkeit einer solchen exceptio doli folgt auch aus der condictio, welche dem Beklagten gegen den falsus procurator von jeher zustand.[45]) Condictio und exceptio gehen ja durchweg parallel.[46])

Diese exceptio doli würde bereits den Keim enthalten haben, aus dem sich die bestimmter lautenden und weiter reichenden exceptiones procuratoriae Mangels Vollmacht entwickeln konnten.[47])

---

43) Vergl. l. 19 ratam rem 46, 8; l. 4 §. 16 de exc. doli 44, 4.

44) L. 4 §. 18 de exc. doli.

45) L. 14 de cond. causa data 12, 4; l. 22 pr. l. 25 §. 1 ratam rem 46, 8; l. 71 §. 1 de solutionib. 46, 3.

46) Vergl. auch Salpius, Novation S. 381.

47) Diese ganze geschichtliche Entwickelung ist deßhalb von besonderer Wichtigkeit, weil daraus folgt, daß früher auch negotiorum gestores klagen durften; erst seit eine Vollmachtseinrede entstanden war, konnte der Beklagte solche Vertreter jedenfalls zurückweisen.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.

Die sachliche Natur der exceptiones procuratoriae und cognitoriae.

Verkennung der exceptio procur. et cognitoria. — Verwechselung des römischen, materiellen (dominium litis) mit dem modernen, formellen Proceßvertretungsprincip. — Die exc. procur. et cogn. = Sachlegitimationseinreden. — Analoge Verhältnisse. — Cession — Delegation — actiones adjecticiae qualitatis. — Andere Beispiele von Sachlegitimationseinreden — insbesondere dilatorische (exceptiones dilatoriae ex persona).

Die Flüchtigkeit, mit der man bisher über die exceptio procuratoria und cognitoria hinweg zu gehen pflegte,[48]) hat der Ansicht, daß diese exceptio eine Proceßeinrede sei, wesentlich Vorschub geleistet.[49])

Nur dadurch, daß man sich über diese exceptio mit den unklarsten Vorstellungen trug, wurde es möglich, sie für gleichbedeutend mit der modernen exceptio deficientis legitimationis ad processum, deficientis tutorii, syndicatus etc. zu halten, d. h. für eine Einrede auszugeben, welche das Zustandekommen des Processes hindert und überdieß, wie alle Proceßeinreden, die wunderlichen Eigenschaften hat, von Amtswegen beachtet, dem Kläger zum Beweise auferlegt, ja auch als exceptio actoris contra reum gebraucht werden zu können! In der That hat man alle diese Eigenschaften auf gut Glück auch der römischen pro-

48) S. oben Anm. 3.

49) Ganz abgesehen davon, daß dadurch die richtige Einsicht in das römische Legitimationsverfahren, dessen Angelpunkt gerade in der exceptio procuratoria liegt, verschlossen geblieben ist. Die Resultate nach dieser Richtung werden von dem Verfasser in einer andern Abhandlung veröffentlicht werden.

Digitized by Google

curatoria exceptio angedichtet. Während die echte Exceptionsnatur gerade dieser Einrede, selbst ihre Formulirung so genau, wie es bei wenigen andern Einreden der Fall ist, in den Quellen beglaubigt wird, wagt man doch zu behaupten, daß ihr Inhalt, die Vollmachts- und Fähigkeitsfrage, schon in jure vom magistratus von Amtswegen untersucht und entschieden worden sei,[50]) daß sie habe vom Kläger bewiesen werden müssen,[51]) ja sogar, daß sie vom Kläger gegen Stellvertreter des Beklagten

---

50) Dies wird ganz allgemein für richtig hingenommen: s. z. B. Bethmann-Hollweg, Civilpr. 2 S. 412 (er spricht von einer „Ergänzung des Vollmachtsbeweises durch die cautio rati, mit diesem Beweise sei es bloß „nicht streng genommen worden") vgl. S. 421, 425, 426, 435. Rudorff, Rechtsgesch. 2 S. 237. Schmid, Grundlehren der Cession 2, S. 49, 50, 70 („wenn der Magistratus versäumte pflichtmäßig von Amtswegen auf die Proceßlegitimation zu halten;" — auf S. 49 Anm. 7 muß freilich besonders Durantis speculum juris als Beleg für diesen Grundsatz des altrömischen Processes herhalten —), ähnlich Wieding, Libellproceß S. 238—241 (über die Aenderung des späteren Rechts, aus dem allein Wieding hier für das frühere Recht Schlüsse zieht, s. die Schlußbetrachtung dieses Kapitels). Richtiger Salpius, Novation S. 374. Näheres in einer besondern Abhandlung. Hier nur so viel, daß die Aeußerungen der römischen Juristen, wonach ein unbeauftragter Vertreter nicht klagen kann, eben auf die exceptio Mangels Vollmacht abzielen.

51) Die in Anm. 50 angeführten Schriftsteller', namentlich Schmid a. a. O., auch Fuchs im Archiv f. d. civ. Praxis 41 S. 162. — Und doch ist der schon ohnehin selbstverständliche Satz, daß dem Beklagten bei einer exceptio die Beweislast obliegt, gerade hinsichtlich der exceptio procuratoria noch besonders in den Quellen hervorgehoben: l. 19 §. 2 de prob., l. 43 §. 1 de procur. s. oben 1. Abschnitt Nr. 2.

Digitized by Google

habe vorgeschützt werden können:[52]) Unrichtigkeiten, die keiner ernstlichen Widerlegung werth sind, eben so wenig, wie der wahrhaft naive Versuch, diese exceptio allen Quellenzeugnissen zuwider aus eigener Machtvollkommenheit zu einer praescriptio zu stempeln.[53])

Freilich sind diese willkürlichen Aufstellungen durch ein sehr erklärliches Motiv hervorgerufen worden. Ohne dieselben wäre es unmöglich gewesen, die Proceßeinredennatur der exc. procuratoria und cognitoria zu vertheidigen. Echte Einreden, die nur auf Antrag des Beklagten zu beachten und von ihm zu beweisen sind, — und doch als Proceßerforderniß von Amtswegen beachtet werden müssen und, wenn übersehen, Nichtigkeit des Processes zur Folge haben, das wären schlechterdings unvereinbare Dinge. Wer sich zu dem Ersteren bekannt hätte, wäre nicht im Stande gewesen, das Zweite zu behaupten. Wer aber, wie es einmal gegenüber den klaren Quellerzeugnissen nicht mehr anders statthaft ist, die echte Exceptionsbeschaffenheit der

52) Donellus, Comment. lib. 22 cap. 8 n. 4 med. (s. oben im 2. Kap.). Auf eben dieselbe Annahme läuft auch die Bemerkung von Schmid, Cession 2 S. 80 i. d. M. hinaus (betreffs der Abwendung der Infamie, die ja nur bei einer Vertretung des Beklagten in Frage kommen kann), aber auch die Meinung der übrigen Schriftsteller, welche die exc. procur. für das ganz allgemein zulässige Mittel, um überhaupt die Legitimation der Proceßvertreter zum Austrag zu bringen, halten, in Folge dessen sie z. B. auch von einer exceptio deficientis cautionis de rato vel judicatum solvi sprechen. — Uebrigens versichern die Basilikenscholiasten (ad 8, 2, 35, Heimb. 1 p. 370) noch zum Ueberfluß: plane enim non opponitur defensori procuratoris exceptio.

53) G. F. Schmidt, die gemischten Einreden S. 11, Anm. 9. A. Schmid, Cession 2, S. 49, Anm. 5. Auch Savigny, System 5, S. 176 behandelt die procuratorischen Exceptionen kurzweg als praescriptiones! S. unten Abschnitt 3.

Digitized by Google

exceptio procuratoria anerkennt, kann auch nicht mehr davon ſprechen, daß ſie eine Proceßeinrede ſei.

Doch wir wollen nicht bei dieſer indirekten Argumentation ſtehen bleiben. Es iſt leicht, bis zu dem eigentlichen Kernpunkt vorzudringen und die rein ſachliche Natur der procuratoriſchen und cognitoriſchen Einreden unmittelbar darzulegen.

Der tiefere Grund des ganzen Irrthums liegt in der Verwechſelung des claſſiſch-römiſchen Proceßvertretungsrechts mit dem heut geltenden. Man hat durchweg das Verſehen begangen, die römiſche exceptio procuratoria vom Standpunkte des heutigen formellen, nicht des römiſchen materiellen Proceßvertretungsprincips, des ſ. g. dominium litis, aus zu beurtheilen.

Die Annahme, die exceptio procuratoria ſei eine Proceßeinrede, ſteht allerdings im beſten Einklange mit den modernen Rechtsanſchauungen. Heut zu Tage führt der Vertreter den Proceß, ohne ſelbſt Partei zu werden: als Partei muß der Principal hinter ihm ſtehen. Wenn der Vertreter nicht von ihm zur Proceßführung beauftragt iſt, fehlt es völlig an einer im Proceß befangenen Partei, alſo an einer der unerläßlichſten Vorbedingungen für das Zuſtandekommen und die Gültigkeit des Proceſſes. Nach heutigem Recht iſt ſomit eine Einwendung, welche die Bevollmächtigung oder Fähigkeit zur Proceßvertretung in Abrede ſtellt, in der That gegen die Zuläſſigkeit und Rechtsbeſtändigkeit des Proceſſes gerichtet, ſie betrifft die legitimatio ad processum und würde unter den Begriff der Proceßeinreden fallen.

Man geht aber zu weit, wenn man, wie es ausnahmslos geſchieht, die modernen Vorſtellungen ohne Bedenken auch in das claſſiſche römiſche Recht hineinträgt. Für die in Rede ſtehende Frage fällt die allbekannte Verſchiedenheit

Digitized by Google

zwischen der heutigen und der römischen Proceßvertretung besonders schwer ins Gewicht.

Im römischen Formularproceß übernahm der Proceßvertreter nicht bloß die Proceßthätigkeit für die Partei, sondern vielmehr das Proceßrechtsverhältniß selbst als Partei auf die eigene Person, wie sich dieß auf das Deutlichste in der Einrichtung der formula und des Urtheils ausprägte, die geradezu auf den Namen des Vertreters abgestellt wurden[54]). Im classischen römischen Recht fiel also die Gefahr, welche h. z. T. bei der Klage eines Vertreters für die Gültigkeit des Processes zu besorgen ist, völlig weg. Von dem Mangel einer im Proceß befangenen Partei konnte nicht die Rede sein: man hatte die Partei stets in dem Vertreter selbst vor sich, in dem unbeauftragten nicht weniger wie in dem beauftragten. Auch der von einem unbeauftragten oder unfähigen Vertreter geführte Proceß war vollkommen gültig.[55])

---

54) „Si paret N. Negidium P. Maevio sestertium decem milia dare oportere, judex, N. Negidium L. Titio (i. e. procuratori cognitori, tutori P. Maevii) sestertium decem milia condemna, si non paret, absolve" (Ga. 4, 86). — „Pro domino vinculum obligationis suscepit" (fragm. Vat. 332, l. 67 de procur.). — „Suscipit in se alienam obligationem" (l. 2 §. 5 ad SC. Vell 16, 1). — Ueber jenen allbekannten Unterschied zwischen der heutigen und römischen Proceßvertretung s. besonders Bethmann-Hollweg, Versuche S. 145—238, Civilpr. 2, S. 426 ff., Keller, Civilpr. §. 52—54, 61, Rudorff, Rechtsgesch. 2, §. 72—74, Bekker, proceß. Consumtion §. 12, Wetzell, System §. 4. Bähr, zur Cessionslehre, Jahrb. f. Dogmatik von Ihering, 1, S. 351 ff., Windscheid, die actio, S. 120 ff. Schmid, die Grundlehren der Cession, 1863, 1866.

55) Was denn auch jetzt allgemein zugegeben wird, s. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 222 ff. Rudorff, Rechtsgesch. 2, S. 237 a. E. Früher hatte man unter dem Einfluß der modernen Anschauungen das Gegentheil angenommen und (s. noch Glück, Com-

Digitized by Google

Bei den römiſchen Legitimationseinreden handelte es ſich alſo gar nicht um das Zuſtandekommen und die Gültigkeit des Proceſſes. Nicht die Proceßlegitimation ſtand in Frage. Es handelte ſich um den Nachweis eines materiellen Rechtserwerbes. Die Sachlegitimation ſtand in Frage.

Der Proceßvertreter klagte laut der formula einen Anſpruch ein, der urſprünglich zwar dem Principal, gegenwärtig aber ihm ſelbſt zuſtehe: einen Anſpruch, der durch das mandatum actionis, d. h. die Uebertragung des Klagrechts, und die hinzugetretene Litisconteſtation von dem Principal auf ihn ſelbſt übergegangen ſei. Wenn der Beklagte dieſes mandatum actionis durch eine exceptio procuratoria — „ei non mandatum esse, ut debitum exigeret“ — in Abrede ſtellte, ſo läugnete er eben nur jenen angeblichen Uebergang des eingeklagten Rechtsanſpruchs auf den gegenwärtigen Kläger: ſeine Einrede war lediglich eine Sachlegitimationseinrede.

Darf man hiernach noch behaupten, daß die exceptio procuratoria und cognitoria „den materiellen Rechtsanſpruch des Klägers ganz und gar nicht berühren“ und von „ihrer völligen Gleichgültigkeit gegen den Inhalt des klägeriſchen Rechtes“ ſprechen? Muß man nicht vielmehr eingeſtehen, daß ſie — ſo ſchlecht ſich dieß auch mit unſerer modernen Auffaſſung des Proceßvertretungsrechts vertragen mag — nach römiſchem Recht den übrigen ſachlichen exceptiones völlig gleich kamen und mit Fug und Recht, wie dieſe, in die Sachverhandlung, in das judicium, verwieſen und

---

mentar 5, S. 280) ſich dafür beſonders auf l. 27 pr. de procur. und l. 56 de jud. berufen, während dieſe Stellen gerade die Gültigkeit des judicium vorausſetzen. Entſchieden widerſprechend iſt freilich l. 24 C. de procur. 2, 13 (a. 382). S. jedoch hierüber das Ende dieſes Kapitels.

Digitized by Google

durchweg nach den gewöhnlichen Exceptionsregeln behandelt worden sind?

Man sollte meinen, dieser offen liegende Sachverhalt hätte auch schon längst durch die so viel besprochene römische Cessionslehre ins Klare gestellt werden müssen. Es ist doch ausgemacht, daß der Cessionsbeweis zur Sachlegitimation gehört. Wie konnte man nun die exceptio procuratoria zur Proceßlegitimation rechnen, da doch das mandatum actionis mit der heutigen Cession, die exceptio procuratoria mit den heutigen Einwendungen gegen die Gültigkeit des Cessionsakts auf gleicher Stufe steht?[56]) Auch liegt der von den römischen Juristen so oft hervorgehobene Vergleich des procurator mit dem Delegatar sehr nahe:[57]) die Bestreitung der Vollmacht hatte dieselbe sachliche Natur, wie die Läugnung der Delegation.

Noch treffender ist endlich die Analogie der s. g. adjecticiae actiones z. B. der actio de peculio, institoria, exercitoria, deren Construction durchaus der formula procuratoria, cognitoria etc. entsprach. Wie bei

---

56) Es ist dieß namentlich in dem gründlichen Werke von Schmid, die Grundlehren der Cession, auffallend. Salpius, Novation S. 373 sagt sogar: „Es gab damals keine Legitimation ad causam, sondern nur ad processum". Sonst finden sich aber gerade bei diesem Autor so klare und tiefe Einblicke in das römische Proceßvertretungsrecht und er hat die rein sachliche Natur der Legitimation der Proceßvertreter in vielen Beziehungen so sicher durchgefühlt (S. 376, 381, 401, 418), daß ich ihn hier nicht streng beim Worte nehmen, sondern lieber glauben möchte, er habe gerade das Umgekehrte von dem gemeint, was er gesagt hat.

57) „Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem" (l. 11, §. 1 de novat. 46, 2), „nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit" (fragm. Vat. 263); vergl. l. 18 de auctoritate 26, 8, Salpius, Novation §. 57, 58.

Digitized by Google

jenen Klagen die Frage, ob die in der condemnatio genannte Perſon der paterfamilias, dominus, exercitor des in der intentio bezeichneten filiusfamilias, institor, magister navis ſei, eine rein materielle war, ſo war es auch die, ob das in der formula procuratoria, cognitoria etc. genannte Condemnationsſubjekt ein rechtmäßiger procurator, cognitor, tutor, actor des in der intentio aufgeführten Gläubigers ſei. Hier wie dort war die ſubjective Beziehung des eingeklagten Rechtsanſpruchs ſelbſt, d. i. die Sachlegitimation, zu prüfen.[58])

Nur das Beſondere hatten die procuratoriſchen Klagen vor den meiſten anderen voraus, daß die Sachlegitimation nicht ipso jure, ſondern erſt per exceptionem zur Verhandlung kam. Dennoch fehlt es keineswegs an anderen Beiſpielen von Sachlegitimationseinreden.

Durch ſolche Einreden ſchützte ſich der Erbſchaftsſchuldner gegen den heres, wenn dieſer den Nachlaß dem Univerſalfideicommiſſar ausgeantwortet hatte:

l. 27 §. 7 ad SC. Treb. 36, 1,

---

58) Der noch ſo hartnäckig von Allen feſtgehaltene Irrthum, daß die Legitimation der römiſchen Proceßvertreter eine legitimatio ad processum ſei, iſt gewiſſermaßen der letzte Reſt von der früher üblichen, noch viel weiteren Ausdehnung der Proceßlegitimation auf Koſten der Sachlegitimation oder vielmehr von der vollſtändigen Vermengung beider Begriffe, durch welche man namentlich auch dazu verleitet wurde, den Mangel der Sachlegitimation für einen Proceßnichtigkeitsgrund zu halten. S. über dieſe Fragen nächſt Bethmann-Hollweg, Verſuche S. 94, 112—118, 132—137, beſonders Bolgiano, Zeitſchr. f. Civilr. u. Proceß. N. F. 18, S. 27 ff. — Pfeiffer, (ebendaſelbſt 9, S. 132, A. 99) hat zwar verheißen, er wolle wieder die Richtigkeit der alten Legitimationstheorie nachweiſen. Es ſcheint ihm aber bis jetzt immer noch nicht gelungen zu ſein — wohl ebenſowenig, wie die verheißene Darſtellung der modernen „Proceßeinwendungen" auf Grund der gar nicht exiſtirenden römiſchen.

Digitized by Google

„— exceptione restitutae hereditatis — summoveri „potest.“

l. 1 §. 4 eod.,

„— si agant heredes, exceptione repelluntur.“

l. 55 pr. eod.,

l. 28 §. 1 de jud. 5, 1;

ebenso der Schuldner gegen den Gläubiger, der seine Forderung verpfändet hatte:

l. 18 pr. de pignor. act. 13, 7.

Auch mochte der Erbschaftsschuldner sich excipiendo des Erben erwehren, der nicht nach prätorischem Recht successionsberechtigt war. Das besagen offenbar die Schlußworte der

l. 20 de except. 44. 1 (Paulus libr. sing. de formul. conc.),

„Exceptiones opponuntur quia factum non est, quod „fieri debuit ut bonorum possessionis non datae.“

Konnte er doch, wie die weiter unten angeführten dilatorischen Einreden zeigen, sogar aus der bloßen Gefahr, daß noch eine bonorum possessio contra tabulas Platz greifen könne, eine exceptio gegen den heres herleiten.[59])

Genau entsprechende Gegenstücke zu der procuratoria exceptio Mangels Vollmacht sind namentlich die Vollmachtseinreden, welche bezüglich der außergerichtlichen Vertreter vorkommen, z. B. in

l. 14 de Publ. act. 6, 2,

„Potest enim fieri, ut emtori res auferatur ab eo qui „venire mandavit, quia per ignorantiam non est usus

59) Ein anderes Beispiel einer Sachlegitimationseinrede s. in l. 14 §. 2 quando dies legat. 36, 2, sie kann auch als doli exceptio erscheinen: l. 39 de donation. inter virum 24, 1, l. 5 §. 5 de exc. doli mali 44, 4.

Digitized by Google

„exceptione, quam debuit opponere veluti si non „auctor meus ex voluntate tua vendidit.“

l. 17 §. 4 de inst. act. 14, 3,

„Proculus ait, si denuntiavero tibi, ne servo a me „praeposito crederes, exceptionem dandam si ille „illi non denuntiaverit, ne illi servo cre„deret.“

vergl. l. 7 §. 9 de dolo malo 4, 3 und

l. 17 §. 1—3 de jurejur. 12, 2.[60])

Die intereſſanteſte Parallele bietet aber die exceptio, welche in l. 14 C. de pactis 2, 3 (Diocletian.) anlangend die Ceſſion von Forderungen erwähnt und in den Baſiliken lib. 11, tit. 1 n. 85 (Heimb. I. p. 661) noch wörtlich mitgetheilt wird:

„παραγραφήν: ἀλλ' εἰ μὴ ἄλλοις παρεχώρησας τὴν „καθ' ἡμῶν ἀγωγήν (exceptionem: at si non aliis „actionem adversus nos competentem cesseris).“

Sogar dilatoriſche Exceptionen, welche die Sachlegitimation betreffen, finden ſich noch außer der procuratoria und cognitoria exceptio vor. Auf die active Sachlegitimation bezieht ſich z. B. die ſchon oben angedeutete dilatoriſche Einrede, durch welche der teſtamentariſche Civilerbe, ſo lange noch ein Umſturz des Teſtaments nach prätoriſchem Recht zu befürchten ſtand, vorläufig mit ſeinen Erbſchaftsklagen zurückgewieſen werden konnte:

„l. 25 de bonis libertor. 38, 2,

„Quamdiu patrono bonorum possessio partis debitae „dari poterit, exceptio debitoribus datur adversus „heredem petentem: „si non in ea causa sit pa„tronus, ut bonorum possessionem pro „parte debita contra tabulas petere pos„sit.“

60) S. oben Anm. 12a.

Digitized by Google

So schützte sich auch der präterirte filius emancipatus, wenn er wegen Forderungen, die dem Vater gegen ihn zugestanden hatten, von dem Testamentserben belangt wurde, nach l. 15 de bonor. poss. contra tab. 37, 4 mit der exceptio: „si non contra tabulas bonorum possessio filio dari potest.“

Umgekehrt stand eine solche Einrede auch dem Testamentserben zu Gebote, wenn er von den Erbschaftsgläubigern vor Ablauf der Anfechtungsfrist belangt wurde:

l. 2 de except. rei jud. 44, 2,

„Qui cum herede ejus egit, qui filium praeterierat, „et exceptione summotus est: „at si non in ea causa „sint tabulae testamenti, ut contra eas bonorum pos„sessio dari possit.“

l. 15 de O. et A. 44, 7.

l. 49 §. 1 ad SC. Trebell. 36, 1.

Auch die exceptio divisionis und excussionis sind Sachlegitimationseinreden. Kurz, wir begegnen dieser Art von Einreden nicht etwa bloß bei der exc. proc. u. cogn., sondern auch in den verschiedensten anderen Fällen. Und unverkennbar ist es eben der Begriff der dilatorischen Sachlegitimationseinreden, den Gaius bei der Darstellung der cognitoriae exceptiones mit den Worten „ex persona dilatoriae exceptiones“ wiedergibt und den übrigen dilatorischen Einreden, als den „ex tempore dilatoriae“ gegenüberstellt.[61])

Durch die bisherigen Ausführungen ist der Beweis, daß die exceptio procuratoria und cognitoria sachliche Einreden sind, zur Genüge erbracht. Es soll nunmehr noch

61) Ga. 4, 124 u. §. 11 J. de exc. (s. oben Abschnitt 1, Nr. 2). — Der Grund, weßhalb die Legitimation der Proceßvertreter erst im Wege der exceptio zur Verhandlung kam, liegt in der cautio de rato, durch welche der Beklagte vorerst gesichert war. Näheres a. c. a. O.

Digitized by Google

auf zwei Punkte hingewiesen werden, durch welche dieser Beweis erheblich bestärkt wird.[62])

Dritter Abschnitt.

Die Consumtionswirkung der exceptiones cognitoriae.

Ga. IV. 123, 124 — unvereinbar mit der Proceßeinredentheorie, — im Einklang mit der sachlichen Natur der exc. cogn. — Rückwirkung der Consumtion auf den Principal. — Gründe. — Auseinanderfallen von Verlust und Erwerb des Klagrechts bei der Bevollmächtigung eines unfähigen Cognitor. — Analogieen.

Gaius fügt seiner Erörterung über die dilatorischen Einreden (IV, 123) die Warnung bei:

„Observandum est autem ei, cui dilatoria objicitur „exceptio, ut differat actionem: alioquin si objecta „exceptione egerit, rem perdit; nec enim si post „illud tempus, quo integra re (eam) evitare poterat, „adhuc ei potestas agendi superest re in judicium „deducta et per exceptionem perempta."

Aehnliches sagt Justinian gelegentlich der Abänderung, welche er gerade in dieser Beziehung trifft, in

§. 10 J. de exc. 4, 13,

und Theophilus ad h. l. weiß dabei auch noch von einem sehr bezeichnenden Rechtssprüchwort zu erzählen:

„κανόνα γὰρ ἴσθι καθολικὸν, ὅτι διλατόρια παραγραφὴ ἀντιτεθεῖσα καὶ ἰσχύσασα — περεμπτό-

62) Vergl. auch, was oben a. E. d. 1. Abschnitts über die Entwickelung der exceptio procuratoria Mangels Vollmacht aus der exceptio doli gesagt ist, wonach es für wahrscheinlich gehalten werden darf, daß sie nur eine fester, in factum formulirte exceptio doli ist. Eine exceptio doli dürfte man aber doch nicht für eine Proceßeinrede ausgeben wollen!

Digitized by Google

„ρίαν τίκτει παραγραφήν (regulam enim generalem „esse scito, quod exceptio dilatoria opposita et pro„bata — peremtoriam pariat exceptionem).“

Es steht also fest, daß im classischen Recht die allgemeine Regel der processualischen Consumtion nicht etwa zu Gunsten der dilatorischen Einreden durchbrochen wurde. Wenn es der Kläger einmal hatte zur Litiscontestation kommen lassen, so hatte die dilatoria exceptio dieselbe Wirkung wie eine peremtoria. Sie führte eine definitive rechtskräftige absolutio des Beklagten herbei. Der Kläger wurde sachfällig und durfte nicht von Neuem klagen. Daß dieß von allen dilatoriae exceptiones, auch von der cognitoria exceptio galt, bemerkt Gaius ausdrücklich (IV, 124 i. f.); er sagt sogar, daß die exceptio cognitoria nicht bloß die rechtskräftige Abweisung des Cognitor selbst nach sich ziehe, sondern auch seinen Prinzipal von jeder neuen Klage wegen desselben Anspruchs ausschließe:

„quod si dissimulaverit eam (sc. exceptionem cog„nitoriam) et per cognitorem egerit, rem perdit.“

Hiermit ist aber die Ansicht, daß diese exceptio eine Proceßeinrede sei, schlechterdings unvereinbar. Wäre die exceptio cognitoria eine Proceßeinrede gewesen, so hätte sie auch nimmermehr die Sachfälligkeit und den Verlust des Klagrechts im Gefolge haben können. Denn es gehört ja gerade zum Wesen einer Prozeßeinrede, daß sie das Zustandekommen des Processes verhindert, den begonnenen Proceß hinfällig werden läßt und jede Sachentscheidung hemmt. Wie hätte aus einem nichtigen Proceß eine exceptio rei in judicium deductae vel rei judicatae erwachsen können?

Man würde hier, wie auch offen eingestanden wird, vor einem unlösbaren Räthsel stehen. Wer sich nicht nach dem Vorgang Savigny's dazu entschlösse, den Bericht des Gaius zu ignoriren und der cognitoria

Digitized by Google

exceptio auf die eigene Autorität hin [63]) die peremtorische Wirkung abzusprechen, dem bliebe etwa nur übrig, jene Widersinnigkeiten mit Pfeiffer dem „formellen Rechtsprincip" der Römer Schuld zu geben![64])

Wenn man sich dagegen davon überzeugt hat, daß die exceptio cognitoria eine Sachlegitimationseinrede war, so hat ihre Consumtionswirkung nichts Befremdendes mehr. Eine sachliche Einrede mußte auch Sachfälligkeit des Klägers zur Folge haben. Da der Beklagte durch die cognitoria exceptio gar nicht die Gültigkeit des Processes anfocht, sondern nur die legitimatio ad causam bestritt, so war, falls er seine Einrede bewies, die rechtskräftige sachliche Abweisung des Cognitor nicht minder folgerichtig, als die eines Novations- oder Cessionsklägers, dessen Delegation oder Cession nicht in Ordnung war.

Eine genauere Erklärung möchte nur noch dafür verlangt werden, daß die Abweisung des Cognitor auch auf dessen Principal zurückwirkte, so daß auch dieser sein Klagrecht einbüßte.

Man könnte dieß deßhalb auffallend finden, weil doch der Principal gar nicht selbst Partei in dem vom Cognitor geführten Processe war. Dieses Bedenken erledigt sich aber, wenn man erwägt, daß der Principal in die Proceßführung des Cognitor eingewilligt hatte.[65]) Er hatte sich dadurch

---

63) Savigny, System 5, S. 171 e (hier wird die cognitoria exceptio zu den Proceßeinreden gerechnet), S. 176, 177 (hier wird behauptet, daß allen Proceßeinreden die Consumtionswirkung fehle).

64) Pfeiffer, Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß. N. F. 11, S. 103, 119; ähnlich ist auch Helmolt's unten im 5. Kapitel Anm. 54 angeführte Erklärung.

65) Daß bei der cognitoria exceptio von einem Mangel der Vollmacht nicht die Rede ist, wurde bereits oben I. 1 d auseinandergesetzt. Ueberdieß hebt Gaius IV, 124 die Einwilligung des Princi-

Digitized by Google

seines Klagrechts zu Gunsten des Cognitors entäußert; diese Entäußerung war mit der Litiscontestation perfekt und unwiderruflich geworden: von nun an stand ihm unter allen Umständen die exceptio rei in judicium deductae entgegen, gleichviel ob sein Cognitor siegen oder unterliegen, gleichviel aus welchen Gründen das eine oder das andere erfolgen mochte.

Auch trotz der exceptio cognitoria blieb es doch immer wahr, daß der Principal seinen Rechtsanspruch durch den Cognitor hatte in judicium deduciren und consumiren lassen. Seine Einwilligung in die Proceßführung des Cognitor, sein mandatum actionis wurde durch die auf die Fähigkeitsfrage beschränkte exceptio cognitoria nicht widerlegt.[66]) Es stellte sich durch dieselbe nur heraus, daß der Cognitor nicht im Stande war, die ihm überlassene Klage durchzusetzen, m. a. W., daß er kein wirksames Klagrecht erworben hatte.

Die intendirte Uebertragung des eingeklagten Rechtsanspruchs war bloß zur Hälfte zu Stande gekommen; die actio war zwar für den dominus — durch die von ihm gebilligte deductio in judicium — verloren, aber doch von dem Cognitor nicht erworben. Rechtsverlust und Rechtserwerb hatten nicht in einander gegriffen und bei dieser Gelegenheit war das Recht selbst abhanden gekommen: der Schuldner trug den Gewinn davon. —

pals auf das schärfste hervor. — Daß der Proceß eines gar nicht bevollmächtigten Vertreters dem Principal nicht präjudicirte, daß also die exceptio procuratoria Mangels Vollmacht keinen Einfluß auf den Principal hatte, ist selbstverständlich.

66) S. oben Abschnitt 1 Nr. 2 a. E. u. Anm. 17. — Vergl. auch die sehr deutliche Darstellung der interpretatio ad Basil. 8, 2 n. 78 (Heimb. 1. p. 402) vers: „nusquam me tale jus legisse memini, procuratorem inutiliter datum litem non consumere neque in judicium deducere, quamvis ex sententia domini agat.

Digitized by Google

Für diesen eigenthümlichen Vorgang ist eine andere Stelle in den Institutionen des Gaius sehr lehrreich. In seinen Erörterungen über die Novation kommt er (III, 176) auch auf den Fall zu sprechen, wenn der Expromittent unfähig zur Uebernahme der obligatio ist. Er entscheidet sich dahin, daß die frühere obligatio untergegangen, eine neue nicht zu Stande gekommen sei:

„Praeterea novatione tollitur obligatio, veluti si quod „tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim; nam „interventu novae personae nova nascitur obligatio et „prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut „interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure „tollatur, veluti si quod mihi debes, a Titio post „mortem ejus vel a muliere pupillove sine tutoris „auctoritate stipulatus fuero, quo casu rem amitto, „nam et prior debitor liberatur et posterior obligatio „nulla est.“ [67])

67) Diese scharfe Auseinanderhaltung von Verlust und Erwerb wird auch bezüglich der Besitzübertragung von Celsus verfochten in der neuerdings oft behandelten l. 18 §. 1 de acquir. poss. 41, 2. — Celsus meint, wenn man einem Wahnsinnigen, den man für gesunden Sinnes halte, eine Sache übergebe, so verliere man den Besitz, obgleich man ihn nicht übertrage: sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas. Illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat; imo vult dimittere, quia existimat se transferre. Er faßt also die beiden Elemente des Uebertragungsgeschäfts, Veräußerung und Erwerb, isolirt ins Auge: sie bedingen sich nicht gegenseitig; die Uebertragung ist nur ein Motiv der Veräußerung, daher ist es für diese gleichgültig, ob auch jene zu Stande kommt: der Irrthum im Motiv schadet nicht. Die Argumentation des Celsus enthält den tieferen Grund auch für den im Text erörterten Vorgang bei der novatio necessaria und voluntaria. — Diese ganze Isolirungstheorie war offenbar ein Produkt

Digitized by Google

cf. §. 3. J. quib. mod. 3, 29.

Wenn man berücksichtigt, daß die Litiscontestation eines Proceßvertreters in ihren Wirkungen der Novationsstipulation eines Delegatars oder Expromittenten völlig gleichsteht, so wird man in dieser Stelle eine genaue Parallele zu Gaius lib. IV, §. 124 i. f. erblicken. Aus demselben Grunde, aus dem die Stipulation des unfähigen Expromittenten dem Gläubiger die obligatio entzog, ging für ihn auch die actio durch die Litiscontestation eines unfähigen Vertreters verloren. Gaius wiederholt dasselbe, was er III, 176 von der novatio voluntaria und von der passiven Seite des Rechtsverhältnisses erörtert hat, in IV, 124 auch von der novatio necessaria und der activen Seite des Rechtsverhältnisses.

Gelegentlich dieser Untersuchungen ist die materielle Natur der exceptio cognitoria in besonders helles Licht getreten. Nur so wird ihre Rückwirkung auf den Principal verständlich. Vom Standpunkt des Proceßeinredendogma's mußte dieselbe dagegen geradezu unbegreiflich bleiben.

---

jener Vereinfachungs- und insbesondere Einseitigkeitstendenz des älteren römischen Rechts, deren Klarlegung wir Jhering (im 3. Theil des Geistes des röm. R., namentlich §. 54, 55) verdanken. In der Anwendung auf die hier behandelten Fälle scheint sie sich übrigens bald abgeschwächt zu haben; s. in Betreff Ga. 3, 176 die Ausführungen bei Salpius, Novation und Delegation S. 149, in Betreff der Entscheidung des Celsus in l. 18 §. 1 de acquir. poss. 41, 2 das durchaus abweichende Urtheil Ulpians in l. 34 pr. eod., vergl. die bei Windscheid Pand. §. 157 Anm. 5, Arndts Pand. §. 142 Anm. 2 citirten Schriftsteller, namentlich Scheurl, Beiträge S. 202—204, dem in der historischen Vereinigung beider Stellen vollkommen beizustimmen ist; der von ihm dem Celsus vorgeworfene „Fehler" dürfte aber durch jene Tendenz des älteren Rechts seine genügende Entschuldigung finden. Vergl. auch Brinz, Pand. §. 28.

Digitized by Google

Wie hätte ein mangelhafter Proceß das Klagrecht des gar nicht einmal in das Verfahren eingetretenen Principals consumiren können? Er hätte doch höchstens zu einer Abweisung des unfähigen Cognitor führen dürfen!

Die Consumtionswirkung der exceptio cognitoria, welche nunmehr, vom Standpunkt der Sachlegitimationsrede betrachtet, ihre vollständige Rechtfertigung gefunden hat, ist bloß eine der vielen Schwierigkeiten, welche die Anhänger des Dogma's von den Proceßeinreden bezüglich dieser Art von Exceptionen in den Quellen vorzufinden glaubten und nur durch die willkürlichsten Mittel zu beseitigen im Stande waren. Außer den im Anfange des zweiten Abschnitts angedeuteten Punkten gehört dahin namentlich auch noch die unzweideutige, für die herrschende Ansicht besonders lästige Bestimmung der l. 19 C. de probation. (4, 19). Diese wird bei der allgemeinen Kritik der Proceßeinredentheorie im achten Kapitel näher beleuchtet werden.

Vierter Abschnitt.

Die peremtorische Natur der exceptiones procuratoriae Mangels Vollmacht.

Die Vollmachtseinreden nicht dilatorisch, sondern peremtorisch — gegenüber dem Vertreter selbst — gegenüber dem Principal. — Nur die Fähigkeitseinreden dilatorisch — nur diese auch in den Quellen als dilatorisch bezeichnet. — Consequenzen für die sachliche Natur der exc. procuratoria.

Es wird allgemein für gewiß hingenommen, daß alle procuratoriae exceptiones dilatorische Einreden seien. Und gerade hierin findet man — in Folge der Verwechselung von actionem und litem differre, von Anspruchs- und Proceßhemmung — eine Gewähr dafür, daß

Digitized by Google

jene Exceptionen auch Proceßeinreden seien. Aber auch diese, freilich schon an sich sehr schwache Stütze der herrschenden Ansicht erweist sich als unhaltbar.

Der dilatorische Charakter muß der einen und zwar der wichtigeren Art von Legitimationseinreden, den Exceptionen Mangels Vollmacht, entschieden abgesprochen werden.

Wenn der Beklagte behauptet, daß der klagende Vertreter überhaupt nicht zur Proceßführung ermächtigt sei, mandatum ei non esse, ut ageret — tutorem, actorem eum non esse, so läugnet er dessen Klagbefugniß schlechthin,[68]) ohne etwa zuzugeben, daß er nach Ablauf einer gewissen Frist werde klagen dürfen. Auch kann ein falsus procurator, tutor, actor keineswegs dadurch, daß er die Klage aufschiebt, jene Einrede vermeiden; der Mangel der Ermächtigung steht ihm zu allen Zeiten entgegen. Die exceptio Mangels Vollmacht ist also eine „exceptio, quae perpetuo valet nec evitari potest“ i. e. peremtoria.

Man wende hiergegen nicht ein, der gerügte Mangel könne doch noch später dadurch behoben werden, daß der Principal den falsus procurator nachträglich zur Proceßführung ermächtigt. Denn ob dieß jemals geschieht, hängt doch nicht von dem Belieben des procurator ab und ist eben so unberechenbar, wie z. B. die Möglichkeit, ob ein Vindikant, der zur Zeit des Processes noch nicht das Eigenthum der eingeklagten Sache erworben hat, es sich etwa noch in späteren Jahren werde verschaffen können, oder ob ein Darlehnskläger, dem gegen den Beklagten eine Darlehnsforderung noch gar nicht zusteht, eine solche vielleicht dereinst cedirt erhalten wird.

---

68) In l. 23 ratam rem (46, 8) heißt es mit Bezug auf die exceptio procuratoria Mangels Vollmacht: — qui procurator non est, nec actionem nec petitionem habere intelligendus est.

Digitized by Google

Wer die exceptio procuratoria Mangels Vollmacht aus jenem Grunde zu den dilatorischen Einreden rechnet, müßte consequenter Weise jede Einrede, ja jede Vertheidigung des Beklagten für dilatorisch erklären. Zum Wesen der dilatoria exceptio gehört die Gewißheit, daß der Klagberechtigte die Einrede zu vermeiden im Stande ist. So gilt z. B. wohl die exceptio pacti de non petendo intra certum tempus für eine dilatorische Einrede, nicht aber die Berufung auf einen bedingten Nachlaßvertrag; diese wird, weil sie eine „defensio juris, quae causam incertam habet" ist, als peremtorische Einrede behandelt.[69])

Soweit steht fest, daß die Vollmachtseinrede für den Kläger selber, den falsus procurator, tutor, actor, nicht dilatorisch ist. Es bliebe nur etwa noch denkbar, daß ihre dilatorische Bedeutung in der Beziehung auf den Principal, den wahren Klageberechtigten, liege. Dieß ist aber noch viel weniger richtig. Für den Principal hat die Vollmachtseinrede überhaupt gar keine Bedeutung: dieser bleibt von dem ohne seinen Willen geführten Proceß gänzlich unberührt,[70]) kann daher auch nicht irgendwie durch die darin vorgeschützten Exceptionen betroffen werden, geschweige denn, daß sie für ihn eine dilatorische Bedeutung hätten. Wie kann er, der ja gar nicht klagen will, durch die gegen den falsus procurator eben deßwegen vorgeschützte

69) L. 56 de cond. ind. 12, 6, wo die wichtige Folge dieses Unterschiedes für die condictio indebiti (vergl. hierüber Erxleben, cond. sine causa 1, S. 93—95) erörtert wird.

70) S. l. 76 de fidejuss. 46, 1, l. 56 de jud. 5, 1, l. 11 §. 7 de exc. rei jud. 44, 2 und den ganzen Titel ratam rem haberi 46, 8. — Der Principal kann sogar dieselbe Person, die schon einmal unbefugter Weise für ihn geklagt hat, später zur wiederholten Proceßführung über denselben Anspruch bevollmächtigen, ohne daß die exceptio rei judicatae entgegenstände: l. 25 §. 2 de except. rei jud. 44, 2 — alia enim res facta est interveniente mandatu.

Digitized by Google

exceptio dazu angehalten werden sollen, seine Klage aufzuschieben?

Eine dilatorische Bedeutung haben bloß die Einreden Mangels Fähigkeit, also namentlich alle exceptiones cognitoriae. Der Proceß eines untauglichen Vertreters ist, seine Vollmacht vorausgesetzt, für den Principal verbindlich. Die Fähigkeitseinrede enthält daher eine auf den Principal selber abzielende Warnung, mit dem beabsichtigten Proceß innezuhalten und demnächst lieber selbst oder durch einen tauglicheren Vertreter zu klagen.

Der Irrthum, daß auch die Vollmachtseinreden dilatorisch seien, ist bloß durch die unklaren Vorstellungen hervorgerufen worden, welche bisher über die exceptio procuratoria und insbesondere über den Unterschied zwischen Vollmachts- und Fähigkeitseinreden verbreitet waren. Befördert wurde er durch die allgemein lautende Redeweise des §. 11 J. de exc. 4, 13 und der l. 2 §. 4, l. 3 D. eod. 44, 1.[71]) Hier, wo anscheinend von den procuratoriae exceptiones überhaupt gesprochen wird, werden dieselben allerdings zu den dilatorischen Einreden gezählt. Allein es ist bereits gezeigt worden, daß und aus welchem Grunde die römischen Juristen die Lehre von den procuratoriae exceptiones nirgends im Ganzen behandeln, und daß namentlich in den eben angeführten Stellen in Wahrheit nur von den Fähigkeitseinreden die Rede ist. Ihre allgemeine Fassung erklärt sich aber zur Genüge daraus, daß sie, wie für die Institutionenstelle gewiß, für die anderen höchst wahrscheinlich ist, in ihrem ursprünglichen Wortlaut gar nicht auf die procuratoriae, sondern auf die cognitoriae exceptiones berechnet waren, die ja als Fähigkeitseinreden durchweg dilatorisch sind.[71a]) Nirgends wird dagegen eine Vollmachtseinrede zu den dilatorischen Einreden gestellt. —

71) S. oben Abschnitt 1 Nr. 2.

71a) Vergl. oben S. 44.

Digitized by Google

Die peremtorische Natur der exceptiones procuratoriae Mangels Vollmacht ist eins der schlagendsten Argumente gegen die Proceßeinredentheorie, diese verliert dadurch ihren letzten Halt. Noch hat Niemand eine peremtoria exceptio für eine Proceßeinrede auszugeben gewagt. Wer noch an der Proceßeinredentheorie festhalten wollte, würde sich auch hierzu verstehen müssen.

Schlußbetrachtung.

Ueber der Theorie der exceptio procuratoria und cognitoria hat ein sehr eigenthümliches Schicksal gewaltet. Es sind vielfach verschlungene Irrwege, auf denen man zu dem Dogma von der Proceßeinredennatur jener Exceptionen und dadurch im Grunde genommen zu der Schöpfung der gesammten Proceßeinredentheorie gekommen ist.

Das Versehen, die dilatoria exceptio für ein impedimentum litis contestationis zu halten: die anscheinend quellenmäßige Ansicht, daß alle procuratoriae exceptiones dilatorisch seien: namentlich aber die Befangenheit in den modernen Vorstellungen von der formellen Tendenz des Proceßvertretungsinstituts wirkten zusammen, um die Jurisprudenz des Mittelalters mit zwingender Macht zu jenem Dogma zu drängen. Da der rein sachliche Charakter der classisch-römischen Proceßvertretung, aus der nothwendig auch die sachliche Natur der exceptio procuratoria folgt, erst seit Donellus und J. H. Böhmer[72]) deutlicher entwickelt und erst durch die mustergültigen Forschungen Bethmann-Hollwegs[73]) in seiner ganzen Bedeutung herausgestellt worden ist, so kann es nicht befremden, daß man bis dahin an jenem Dogma beständig festgehalten hat,

72) Dissert. de dominio litis Hal. 1709.

73) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilproceßes 1827, S. 138—249.

Digitized by Google

so auffallend es auch ist, daß man seitdem auf halbem Wege stehen geblieben und nicht darauf gekommen ist, die so überaus einfache Consequenz für die exceptio procuratoria zu ziehen.

Es muß aber schließlich auch noch auf ein anderes Moment hingedeutet werden, welches jenen Irrthum der mittelalterlichen Doctrin ganz besonders entschuldbar erscheinen läßt.

Man glaubt allgemein, daß das formelle Proceßvertretungsprincip seinen Ursprung erst in der modernen Rechtsentwickelung habe: das dominium litis sei bis in die späteste Zeit des römischen Rechts vollkommen bestehen geblieben. Es ist aber das Gegentheil nachweisbar. Bei einer andern Gelegenheit wird gezeigt werden, wie das formelle Proceßvertretungsprincip schon im römischen Recht selbst zum Durchbruch gekommen ist.

Das dominium litis wurzelte durchaus im Formularproceß. Nach der Beseitigung der formulae wurde es, wenn schon nicht völlig abgeschafft, so doch in seinen bedeutendsten Consequenzen, namentlich was die Legitimation der Proceßvertreter anlangt, fallen gelassen. Das wichtigste, geradezu reformatorische Gesetz in dieser Richtung ist die l. 3 C. Theod. de cognitor. et procur. 2, 12 = Consult. vet. Jurec. 3, 13 = l. 24 C. J. de procur. 2, 13 von Gratianus, Valentinianus und Theodosius (a. 382), in welcher die Legitimation der Proceßvertreter im schroffsten Gegensatz zu der früher herrschenden Anschauung als eine Proceßvoraussetzung, als eine Vorbedingung für die Gültigkeit des Processes hingestellt und die Verhandlung darüber vor die Litiscontestation verwiesen wird. In völliger Uebereinstimmung damit sind mehrere andere Verordnungen und Berichte aus späterer Zeit (z. B. cap. 3 der Consult. vet. Jurecons., Symmachus ep. 10, 39, §. 11 J. de exc. in f.).

Digitized by Google

Die Compilatoren der Digesten haben nun aber dieser Reform nicht Rechnung getragen, sondern das frühere materielle Proceßvertretungsrecht, namentlich die nur damit verträgliche exceptio procuratoria unangetastet gelassen. So kam in die römische Rechtsüberlieferung ein gefährlicher Zwiespalt und es ist durchaus nicht zu verwundern, daß die mittelalterliche Doctrin, bei ihrer erklärlichen Zuneigung zu dem formellen Proceßvertretungsprincip, dieses als das allein leitende und auch für die Beurtheilung der Digestenaussprüche maßgebende betrachtete. Gerade die l. 24 C. de procur. bildete von jeher den ständigen Ausgangspunkt der Ausführungen über die Legitimation der Proceßvertreter und die exceptio procuratoria.[74])

74) S. z. B. Tancredus, ord. judic. I. 6 §. 1, Donellus, comment. 18 cap. 12 n. 5 und die Citate bei Hilliger ad h. l.; Perez ad l. 24 C. de procur.; Duarenus, opera 1583 p. 92 ad tit. de procur., Noodt, opera II. p. 66; Voet ad tit. de procur. n. 10; Böhmer, de dominio litis §. 34; aber auch die neueren Schriftsteller, z. B. Schmid, Cession 2 S. 49, Wieding, Libellproceß S. 238—241 und alle Proceßlehrbücher. — Die Frage, ob die exc. proc. in einem Proceßsystem, welches sich vom dominium litis losgesagt hat, füglich noch fortbestehen kann, soll bei einer andern Gelegenheit erörtert werden.

Digitized by Google

Viertes Kapitel.

Die exceptio litis dividuae und rei residuae.

Geringe Zahl der angeblich römisch-rechtlichen Proceßeinreden. — Die exceptio litis div. u. rei residuae durchaus der exceptio pacti de non pet. temporalis ähnlich. — Zweck. — Wirkung. — Hemmung des Klagrechts. — Keine Verhinderung des Processes. — Grund dieser Einreden eine stillschweigende Stundung, also sachlicher Art. — Beziehung auf den Proceß? — Schwierigkeit der Beweiserhebung?

Nachdem die moderne Proceßwissenschaft durch die Verkennung des römischen Proceßvertretungsprincips einmal dazu verleitet worden war, die exceptio procuratoria für eine Proceßeinrede anzusehen, war man natürlich darauf angewiesen, auch noch nach andern Beispielen von Proceßeinreden in den römischen Rechtsquellen Nachforschung zu halten. Die Ausbeute war freilich eine überaus spärliche.

Gerade für die wichtigsten Proceßmängel suchte man vergeblich nach Exceptionen. Es fand sich keine exceptio vor, durch welche der Mangel der persona legitima standi in judicio, keine exceptio, durch welche die Unfähigkeit oder Verdächtigkeit des judex, die sachliche Unzulässigkeit eines civilgerichtlichen Verfahrens, die mangelhafte Abfassung und Mittheilung der Klage, der Mangel der cautio rati u. s. w. geltend gemacht worden wäre.

Digitized by Google

Schon diese höchst bedenkliche Wahrnehmung hätte an der ganzen Proceßeinredentheorie irre machen müssen. Auffallender Weise hat man aber den Mangel jener Exceptionen nicht einmal zu erklären versucht, man hat vorgezogen, über diesen Punkt ein bequemes Stillschweigen zu beobachten. Hat man sich etwa bei der Vermuthung beruhigt, daß alle römischen Juristen jene wichtigen Exceptionen zu erwähnen vergessen hätten oder daß ihre Mittheilungen über dieselben uns durch ein mißgünstiges Geschick vorenthalten worden seien?

Immerhin glaubt man noch einige wenige Proceßeinreden ausfindig gemacht zu haben. Es ist bereits bemerkt worden, daß man sich auch auf die exceptio litis dividuae, die exceptio rei residuae, die praescriptio fori und die exceptio praejudicii beruft.

Ueber die beiden erstgenannten Einreden besitzen wir bloß zwei kurze Notizen in den Institutionen von Gaius. Nachdem er im lib. IV, §. 122 die exceptio pacti conventi ne intra quinquennium peteretur als Beispiel einer dilatoria exceptio aufgeführt hat, fährt er fort:

„cui similis exceptio est litis dividuae et rei residuae: „nam si quis partem rei petierit et intra ejusdem „praeturam reliquam partem petat, hac exceptione „summovetur quae appellatur litis dividuae; item si „is, qui cum eodem plures lites habebat, de quibus„dam egerit, de quibusdam distulerit ut ad alios „judices agantur (eant?), si intra ejusdem praeturam „de his, quae ita distulerit, agat, per hanc exceptio„nem, quae appellatur rei residuae, summovetur."

Die andere Stelle (lib. IV, §. 56) lautet:

„— minus autem intendere licet, sed de reliquo intra „ejusdem praeturam agere non permittitur: nam qui „ita agit, per exceptionem excluditur, quae exceptio „appellatur litis dividuae."

Digitized by Google

Die Gründe, durch die man sich mag haben bestimmen lassen, gerade diese Exceptionen für Proceßeinreden auszugeben — was übrigens auch nur von sehr wenigen Schriftstellern geschehen ist [1]) — sind schwer erfindlich. [2])

Noch nie ist bestritten worden, daß die von Gaius zuerst genannte exceptio pacti de non petendo intra quinquennium eine rein sachliche Einrede ist. Es wird allgemein anerkannt, daß sie einen Mangel des Klagrechts selbst betrifft. Nun aber kommt die exceptio litis dividuae und rei residuae sowohl im Zweck wie in der Wirkung vollkommen mit jener exceptio überein.

Hier wie dort soll der Kläger veranlaßt werden, seinen Anspruch erst nach Ablauf einer gewissen Frist geltend zu machen: sein Klagrecht wird durch das Einrederecht zeitweise gehemmt, erst nach Ablauf der Frist tritt es in volle Wirksamkeit. Der einzige Unterschied besteht darin, daß die Frist dort fünf Jahre, hier bloß ein Jahr beträgt, eine Differenz, von der man doch nicht wird behaupten wollen, daß sie für die juristische Natur der Einrede von Belang sei.

Auch der processualische Erfolg ist bei beiden Einreden derselbe, wie bei der Stundungseinrede. Wenn der Kläger es auf den Proceß ankommen ließ, so wurde er hier wie dort mit seinem Anspruche definitiv abgewiesen, er wurde sachfällig: si objecta exceptione egerit, rem perdit. [3]) Von einer Unzulässigkeit oder Hinfälligkeit des Processes, von einer mangelhaften Beschaffenheit des judicium war

---

1) Pfeiffer, Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß, N. F. 11 S. 99, 108; G. F. Schmidt, die gemischten Einreden S. 11 Anm. 9. Auch Wieding, Libellproceß S. 249 scheint dieser Ansicht zu sein.

2) Von einer Begründung jener Ansicht ist nirgends die Rede.

3) Ga. 4, 123 (s. oben S. 64).

Digitized by Google

nicht die Rede. Der Proceß wurde vielmehr, wenn der Kläger so hartnäckig war, darauf zu bestehen, ohne Bedenken eingeleitet und war so vollkommen in Ordnung, daß daraus die exceptio rei in judicium deductae vel rei judicatae erwuchs, die doch in erster Linie ein gültiges judicium, eine rechtsbeständige judicatio voraussetzt. Nicht um eine Anfechtung des Processes, des judicium, sondern um einen zeitweiligen Mangel der materiellen Klagbefugniß, des jus agendi handelte es sich. Der Prätor verhinderte nicht ein zweimaliges Processiren zwischen denselben Parteien während seines Amtsjahres, sondern nur eine zweite condemnatio, er erklärte nicht den zweiten Proceß, sondern das zweite Klagrecht binnen Jahresfrist für unwirksam.

Es soll durchaus nicht in Abrede gestellt werden, daß der römische Prätor den ersten, formellen Weg sehr wohl hätte einschlagen können und es mag auch zugegeben werden, daß dieser Weg nach moderner Rechtsanschauung als der passendere erscheint. Nichtsdestoweniger steht aber einmal fest, daß dieser Weg nicht gewählt worden ist. Die Römer ließen hier, wie in so manchen andern Beziehungen, den materiellen Gesichtspunkt vorwalten.

Man sah es so an, als habe der Gläubiger, der nur einen Rechtsanspruch oder einen Theil desselben gegen seinen Schuldner einklagt, darauf verzichtet, seine Restforderung noch während desselben Amtsjahres gerichtlich geltend zu machen. Daß eine Restklage während desselben Gerichtsjahres keine Aussicht auf Erfolg habe, hatte ja der Prätor im Edikt öffentlich bekannt gemacht. Wenn es der Gläubiger trotzdem vorzog, seine Forderungen nur zum Theil einzuklagen, so hatte er sich dadurch freiwillig dazu verstanden, den übrigen Theil erst im nächsten Gerichtsjahre einfordern zu wollen: er hatte dem Schuldner bis dahin

Digitized by Google

wegen des Restes Stundung gewährt.[4]) Gaius hatte also guten Grund, die Aehnlichkeit der exceptio litis dividuae et rei residuae mit der exceptio pacti de non petendo temporalis hervorzuheben. Sie waren ebenfalls Stundungseinreden. Die exceptio pacti de non petendo temporalis gründete sich auf eine ausdrückliche, die exceptio litis dividuae et rei residuae auf eine stillschweigende Stundung.[5]) Es liegt also nicht der geringste Grund vor, diese Exceptionen für Proceßeinreden zu halten. Diese Ansicht beruht nur auf einer Verwechselung von Proceßverhinderung und Klagrechtshemmung.

Kaum denkbar scheint es, daß man die exc. litis divid. und rei resid. etwa bloß deßhalb für Proceßeinreden erklären wollte, weil bei ihrer Begründung doch überhaupt ein processualischer Vorgang mit im Spiel sei.[6]) Aus

4) Dieß lag um so näher, als es bei der kurzen Proceßverjährungsfrist und der gesammten Einrichtung des actus rerum schon ohnehin rathsam und üblich war, mit den Processen, die man während des laufenden Gerichtsjahres anzustellen gedachte, sofort im Anfange desselben vorzugehen; daher der große Andrang der Rechtsuchenden gerade im Beginne des Amtsjahres: Juvenal. 16, 42 — exspectandus erit qui lites inchoet annus totius populi; vergl. die übrigen Citate bei Rudorff, röm. Rechtsgesch. 2 S. 5, Anm. 6.

5) Ein anderes Beispiel von einer stillschweigenden Stundung, die ebenfalls im Exceptionswege geltend gemacht wird, enthält die l. 2 §. 6 de doli mali except. 44, 4: „Non male dictum est, si creditor usuras in futurum acceperit, deinde pecuniam nihilominus petat, antequam id tempus praetereat, cujus temporis usuras accepit, an doli exceptione repellatur? Et potest dici, dolo eum facere; accipiendo enim usuras distulisse videtur petitionem in id tempus, quod est post diem usurarum praestitarum, et tacite convenisse, interim se non petiturum."

6) Ich würde diese ganze Verwahrung für unnöthig gehalten haben, wenn nicht gerade neuerdings C. Sell, de exceptionum usu, qui

Digitized by Google

diesem Grunde müßte man auch die exceptio rei in judicium deductae vel rei judicatae, die Verjährungseinrede u. a. m. für Proceßeinreden erklären. In allen diesen Fällen handelt es sich eben um einen Proceßakt, der den eingeklagten Anspruch selbst afficirt. Im Falle der exc. rei in jud. ded. vel rei judicatae wird durch die einmal angestellte Klage das Klagrecht de eadem re inter easdem personas für immer, im Falle der exc. lit. div. et rei resid. werden dadurch die Klagrechte de aliis rebus inter easdem personas auf ein Jahr entzogen.

Endlich mag auch noch ein Argument in Betracht gezogen werden, auf das man sich wenigstens gelegentlich eines andern Falls der angeblichen Proceßeinreden berufen

---

legis actionum tempore fuerit, Bonn. 1867, p. 9—11 gezeigt hätte, was für Vorstellungen in dieser Richtung noch möglich sind. Es ist Sell begegnet, daß er die exceptio causae sonticae der l. 2 §. 3 si quis cautionibus 2, 11 — durch welche der Beklagte, der durch ehehafte Noth am Erscheinen vor Gericht verhindert war, sich gegen die Klage aus der stipulatio judicio sisti vertheidigen konnte — für eine Proceßeinrede und für eine dilatoria exceptio ansieht. Sell ist also der Meinung, daß diese Einrede nur zeitweise zugestanden habe, d. h. offenbar nur so lange, als die Krankheit, die Schwangerschaft (l. 2 §. 4 eod.), das Unwetter, die Ueberschwemmung, welche ursprünglich am Erscheinen gehindert hatte, auch später noch fortdauerte: daß somit, wenn der Beklagte zur Zeit, wo er aus dem vadimonium belangt wurde, gesund, bei heiterem Himmel und trockenen Fußes lebte, er jedenfalls die Strafe wegen seines früheren unverschuldeten Ausbleibens zahlen mußte! — Zu solchen Versehen kann man durch die Proceßeinredentheorie verleitet werden! Die Argumentation von Sell ist unverkennbar folgende. Da die exceptio causae sonticae irgend etwas mit dem „Proceß" zu thun hat, so muß sie eine Proceßeinrede sein. Eine Proceßeinrede ist aber eine solche, „quae litem differt." Also ist die exc. causae sonticae eine exceptio dilatoria!

Digitized by Google

hat. Man sagt, es hätte sich zwar „eigentlich gehört", daß der magistratus einen Proceßhinderungsgrund schon in jure selbst erledigte; wenn aber hierüber eine Beweiserhebung nöthig geworden wäre und es hierzu dem magistratus an Zeit gefehlt hätte, so wäre diese Beweisaufnahme durch eine exceptio oder praescriptio lieber in das judicium verwiesen worden.[7]) Vielleicht hat man sich mit derartigen Vorstellungen auch bezüglich der exc. litis div. und rei res. abgefunden. Es ist aber sehr leicht einzusehen, daß dieselben, auch wenn sie sonst haltbar wären,[8]) doch gerade hier am allerwenigsten am Platze sind. Von einer zeitraubenden Beweisaufnahme kann bei diesen Einreden gar nicht die Rede sein. Denn es handelte sich hier um eine gerichtskundige Thatsache: um einen Vorgang, bei dem der magistratus selbst mitgewirkt haben sollte. Der magistratus mußte doch wahrlich wissen, ob derselbe Kläger schon einmal mit demselben Beklagten vor ihm seit Beginn seines Amtsjahres einen Proceß gehabt hatte! Wie leicht wäre es ihm gefallen, sich hierüber kurzer Hand zu instruiren. Wenn einmal ein begründeter Zweifel über die Anstellung des frühern Processes auftauchte, so war doch gewiß Niemand besser im Stande, ihn zu beseitigen, als der magistratus selbst, von dem jener Proceß eingeleitet worden sein sollte, — jedenfalls besser, als der neue judex, der von den früheren Vorgängen ja nichts aus eigener Wahrnehmung wissen konnte und immer erst wieder auf den Bericht des magistratus hätte recurriren müssen!

Der Umstand, daß der magistratus trotzdem die Restklage nicht selbst denegirte, sondern, wenn der Kläger auf dem Proceß bestand, den Einwand des Beklagten in das judicium, d. h. in die Sachverhandlung, verwies, legt

7) Rudorff zu Puchta's Institutionen §. 171 S. 154 Anm. p.
8) S. hierüber das 5. Kap. S. 91 u. 92.

Digitized by Google

sogar deutlicher als alles andere dar, in welchem Maße diese Einwendung für eine rein sachliche, der schlechterdings nicht durch das bloß zur constitutio judicii bestimmte Vorbereitungsverfahren vorgegriffen werden durfte, angesehen wurde. [9])

9) Dieser Grund hätte übrigens — wenn es eines weiteren Beweises dafür noch bedurft hätte — auch für die sachliche Natur der meisten exceptiones cognitoriae und procuratoriae Mangels Fähigkeit angeführt werden können. Die Frage, ob der Proceßvertreter ein Soldat oder weiblichen Geschlechts sei, konnte doch nimmermehr eine Beweisaufnahme hervorrufen; dennoch wurde sie wegen ihrer sachlichen Beschaffenheit der Sachverhandlung vorbehalten.

Digitized by Google

Fünftes Kapitel.

Die exceptio fori.

Die bis hierher behandelten Exceptionen haben sich als sachliche, auf den eingeklagten Anspruch selbst bezügliche Einreden ausgewiesen. Anders verhält es sich mit der exceptio vel praescriptio fori.

Die Competenz des Gerichts betrifft eine rein processualische Frage und es darf auch nicht im entferntesten vermuthet werden, daß sie von den Römern anders aufgefaßt worden sei: auch bei ihnen galt sie gerade wie bei uns als eine Proceßvoraussetzung, als ein Erforderniß für das Zustandekommen und den Rechtsbestand des Processes. Wäre sie also in der That im Wege einer exceptio oder auch nur vermittelst einer der formula einverleibten praescriptio jemals in der Sachverhandlung, in judicio, untersucht worden, so würden wir in dieser Einrede den unwiderleglichen Beweis für die Existenz römisch-rechtlicher Proceßeinreden vor uns haben.

Jene Annahme beruht aber auf einem Irrthum. Die Competenzfrage wurde stets vor der Litiscontestation, im Verfahren in jure, durch den angegangenen magistratus selbst geprüft und definitiv erledigt; sie durfte nie und

Digitized by Google

auf keinerlei Weise, am allerwenigsten vermittelst einer exceptio oder eines andern ähnlichen Formelzusatzes dem Verfahren in judicio vorbehalten werden. Eine echte exceptio oder praescriptio fori hat nie existirt.

Dieß ist auch bereits von Planck in einer beiläufigen Bemerkung geäußert und in aller Kürze begründet worden.[1] Man scheint aber dadurch keineswegs überzeugt worden zu sein. Noch immer spricht man von der exceptio vel praescriptio fori als einer wahren Einrede.[2] Rudorff, Helmolt und Wieding haben diese Auffassung neuerdings ausdrücklich wieder vertheidigt.[3] Th. Mommsen meint sogar, daß in einigen nicht mehr erhaltenen Zeilen der lex Rubria gerade die Formulirung einer exceptio fori gestanden haben müsse. Ja, er hat kein Bedenken getragen, den Wortlaut dieser exceptio fori zu restituiren![4]

1) Planck, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten 1844, S. 9, 10.

2) S. die im Kap. 2, Anm. 14 u 15 genannten Schriften, insbesondere Helmolt, S. 175; Pfeiffer, S. 103, 114, 129, 131; Wetzell, S. 120, Anm. 92; Reatz, der Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung 1859, S. 47, 48, 49; Endemann, Princip der Rechtskraft, S. 17, Anm. 24; Wieding, S. 244; Sell, p. 7—9. — Keller, S. 174, Anm. 494 und Rudorff, 2 S. 117, Anm. 13 führen zwar Plancks Meinung an, stimmen ihr aber nicht entschieden bei, Rudorff nennt anderwärts immer noch die exceptio fori (S. 214 und Anm. 3, s. auch die folgende Anmerkung). Nur Bethmann-Hollweg, Civilproceß 2, S. 119, Anm. 11, S. 404, Anm. 90 erklärt es gelegentlich für unmöglich, daß der Magistratus den judex über seine Competenz habe entscheiden lassen; an einem andern Ort (2 S. 406; 3 S. 264) spricht er freilich wieder von der praescriptio fori als einer echten Einrede.

3) Rudorff zu Puchta, Institutionen 2 §. 171 Anm. p., Wieding, Helmolt a. a. O.; auch wieder Endemann in dem so eben erschienenen Lehrbuche des Civilproceßrechts S. 239, Anm. 5.

4) Mommsen, Jahrbuch des gem. d. Rechts von Bekker und Muther 2 S. 327, 328.

Digitized by Google

Unter diesen Umständen ist eine gründlichere und umfassendere Beweisführung für jene Behauptung unerläßlich.

Erster Abschnitt.

Die Competenzprüfung in jure.

Praetoris est aestimare, an sua sit jurisdictio. — Denegation der Klage wegen Incompetenz, — remittere ad competens tribunal. — Nichtigkeit des vor einem incompetenten Gericht eingeleiteten Processes. — Die praetoria cognitio findet stets statt — auch im Fall der Bestrittenheit — auch bezüglich der privilegia fori. — Ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet.

In welchem Abschnitte des Processes die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts untersucht und, wenn sie bestritten war, bewiesen werden mußte, wird uns von den römischen Juristen in vielen Stellen und in allen möglichen Beziehungen übereinstimmend und auf das unzweideutigste versichert. Es heißt, und zwar unter besonderer Bezugnahme auf solche Fälle, in denen der Beklagte die Competenz bestreitet: es sei Sache des Prätor, darüber zu befinden, ob die Gerichtsbarkeit im concreten Falle ihm zustehe (Praetoris est enim aestimare, an sua sit jurisdictio);[5]) wenn der Beklagte sich auf einen eximirten Gerichtsstand, z. B. das jus domum revocandi berufe, so müsse, falls darüber Zweifel entständen, der Prätor selbst den wahren Sachverhalt prüfen und feststellen (ipse praetor debet causa cognita statuere);[6]) wenn also z. B. die angebliche Gesandtschaftsfunktion, auf die der Beklagte sein Vorrecht gründe, bestritten sei, habe der Prätor selbst

5) L. 5 de judiciis 5, 1.
6) L. 2 §. 6 eod.

Digitized by Google

die Wahrheit jener Behauptung zu untersuchen (sed si non constat, legatus sit an non, Romae praetor de hoc cognoscit);[7]) jede aus irgend welchem Grunde vor Gericht geladene Partei müsse vor dem magistratus erscheinen, damit er sich eben darüber vergewissern könne, ob er zuständig sei (ex quacunque causa ad Praetorem in jus vocatus venire debet, ut hoc ipsum sciatur, an jurisdictio ejus sit);[8]) wenn die Klage vor einem incompetenten Gericht angebracht worden sei, so brauche der Beklagte sich nicht auf den Proceß einzulassen, sich gar nicht sachlich zu verantworten und dürfe nicht zur Litiscontestation gezwungen werden (reum accipere judicium non cogi — defendi ibi non oportere);[9]) der Kläger könne es nur bei dem zuständigen Gericht zur Litiscontestation bringen;[10]) im Falle der Incompetenz dürfe der magistratus keinen Akt der Rechtspflege vornehmen, geschweige denn einen judex bestellen (jus dici non posse);[11]) wenn er

7) L. 5 §. 1 de legationibus 50, 7.

8) L. 2 pr. si quis in jus vocatus 2, 5: widrigenfalls wird der Vorgeladene straffällig (l. 2 §. 1 eod.), vergl. l. 5 de jud.: Si quis ex aliena jurisdictione ad Praetorem vocetur, debet venire. Die von Wetzell §. 39, Anm. 20—25, Endemann S. 238 vertretene Auffassung dieser Stellen im Verhältniß zu der l. 20 de jurisd. soll bei einer andern Gelegenheit einer ausführlichen Kritik unterworfen werden.

9) a) L. 35 §. 2 de procurator. 3, 3; l. 2 §. 3—6; l. 3, 8, 22, 24 §. 1, 25, 28 §. 2, 36 §. 1 de jud. 5, 1; l. 35 §. 2 de jurejur. 12, 2; l. 30 pr.; l. 66 §. 3 ad SC. Trebell. 36, 1. cf. l. 4 §. 5 de ed. 2, 13. — b) L. 19 pr. §. 3; l. 34, 42 de jud.; l. 66 §. 4 ad SC. Trebell.; l. 13 quib. ex causis 42, 4; l. 1—3 de rebus auct. 42, 5; l. 16 §. 1 de legationibus 50, 7.

10) L. 28, §. 4 ex quib. causis majores 4, 6; l. 28 §. 4 de jud.

11) L. 10, 14, 18 de jurisd. 2, 1. Sogar die Strafe wegen verweigerten Erscheinens vor dem incompetenten magistratus durfte nicht dieser selbst, sondern nur der competente magistratus des Beklagten verhängen; l. 2 §. 1 si quis in jus vocatus 2, 5.

Digitized by Google

hiergegen verstoße, so dürfe der Beklagte ohne Gefahr und Strafe den Gehorsam verweigern;[12]) ein incompetenter magistratus dürfe nie eine Klage ertheilen (sine distinctione actionem denegandam).[13])

Auch in den Volksgesetzen wurde ausdrücklich vorgesehen, daß der magistratus in den nicht zu seiner Jurisdiktion gehörigen Proceßsachen keine Klage ertheilen dürfe:[14]) ein incompetenter magistratus konnte nur in Folge Uebereinkunft beider Parteien Recht sprechen.[15])

Die Competenzprüfung wurde vom magistratus sogar meistens in erster Linie vorgenommen.[16]) Damit steht im

---

12) L. 20 eod.

13) L. 24 §. 2; l. 26, 38 pr. §. 1 de jud.; l. 5 §. 1 de pecunia const. 13, 5; l. 3 de legation. 50, 7. Auch wird oft gesagt, daß man vor einem incompetenten Magistrat nicht klagen und belangt werden könne: agere vel conveniri non posse, z. B. l. 19 §. 4 de jud.; l. 5 §. 1 de pecunia const.; l. 29 §. 4 de inoff. 5, 2; l. 66 §. 4 ad SC. Trabell. und die Ueberschrift des tit. de jud. Dieser Ausdruck ist freilich nicht so unzweideutig, wie die oben angeführten.

14) L. agraria (Thoria) c. 15, 17. — Aehnlich wird in der lex Rubria bestimmt, daß die Magistrate in Gallia Cisalpina nicht über Gegenstände von mehr als HS. XV. ein judicium bestellen dürfen. Vergl. lex Mamilia cap. 5, lex Malacitana c. 65, 69.

15) Lex Julia judicior.: l. 2 §. 1 de jud.

16) Ohne daß aber etwa, wie Wieding, Libellproceß §. 16, zu untersuchen sich die unnütze und ganz vergebliche Mühe genommen hat, eine ständige feste Reihenfolge in der Prüfung der einzelnen Proceßvoraussetzungen gegolten hätte: das hätte sich schlecht mit der freien Proceßleitung im römischen Gerichtsverfahren vertragen. Jedenfalls kam aber, wie des weiteren oben gezeigt wird, öfter die Competenz- als die Legitimationsfrage zuerst an die Reihe, nimmermehr hatte die letztere den absoluten Vorgang, wie Wieding aus einigen, überdieß aus der spätern Zeit des römischen Processes stammenden und nicht im mindesten schlüssigen Stellen zu folgern wagt.

Digitized by Google

unverkennbaren Zusammenhange, daß der Thatbestand der Competenzfrage lediglich nach dem Zeitpunkt des ersten Erscheinens vor Gericht beurtheilt wurde.[17]) Stellte sich ein Competenzmangel heraus, so duldete der magistratus kein weiteres Fortschreiten des Processes bei sich, er verwies ihn sofort an das zuständige Gericht (remittere vel rejicere ad competens tribunal)[18]) und sorgte sogar dafür, daß auch dorthin das vadimonium geleistet wurde.[19]) Nur wenn Gefahr im Verzuge war, z. B. bei nahem Ablauf der Verjährungsfrist, ließ er es vorerst bei sich noch zur Litiscontestation kommen, übermittelte aber dann den Proceß unverweilt dem zuständigen Gericht.[20])

Wenn dagegen ein incompetenter magistratus sich mit dem Proceß befaßt und das judicium bei sich eingeleitet hatte, so war sein Verfahren ungültig: seine Verfügungen, so wie alles, was sich daran schloß, das judicium und die sententia des judex, waren null und nichtig: — si inter eos quis dixerit jus, inter quos jurisdictionem non habuit, pro nullo hoc habetur nec est ulla sententia.[21]) —

---

17) L. 7 de jud.; l. 4 §. 1 de in jus vocando 2, 2; ſ. unten Anm. 26.

18) Cicero ad famil. 13, 14, in Verrem 3, 60 §. 138, 139; l. 5 §. 3 ut legator. 36, 3; l. 4 pr. de damno infecto 39, 2; l. 13 quib. ex causis 42, 4. Vergl. auch die Stellen bei Rudorff, röm. Rechtsgesch. 2, §. 5 Anm., sowie l. 1 §. 8; l. 2 de suspect. tutor. 26, 8, lex Dei 12, 6; 7, 4 §. 1; 11, 4 §. 6, 8; Plinius, epistolae 10, 73, 77.

19) Lex Rubria c. 21 i. f.; l. 2 §. 6 de jud., Cicero in Verrem 3, 15 („ne extra suum forum vadimonium promittere cogantur"); vergl. über diese Stelle Degenkolb, die lex Hieronica 1861, S. 35—40.

20) L. 28 §. 4 de jud.; l. 28 §. 4 ex quib. causis majores 4, 6.

21) L. 1 §. 2 quod quisque juris 2, 2. Nicht minder deutlich sprechen dasselbe aus: Paulus sent. 5, 3ª §. 1; l. 23 §. 1 de appellat. 49, 1; l. 1 C. de pedaneis jud.; l. 244 de R. J. (Bruns,

Digitized by Google

Es bedarf keiner weiteren Häufung von Quellenanführungen, um die unumstößliche Wahrheit des oben aufgestellten Satzes:

„Die Competenzprüfung mußte schon in „jure von dem magistratus vorgenommen „und definitiv erledigt werden"

zu beweisen. Und dieser Satz ist ein schlechterdings ausnahmsloser. Nur wenige andere Grundsätze des römischen Rechts werden uns mit einer gleichen Eindringlichkeit als absolut einzuhaltende Regeln eingeschärft. Es gibt keine einzige Seite, keine irgend mögliche Gestaltung der Competenzfrage, — mögen wir nun auf die geographische, persönliche oder sachliche Beziehung der Gerichtsstände sehen, — für die er nicht noch besonders wiederholt würde. Ueberall wird versichert, daß die Entscheidung über die Competenz schon vor der Litiscontestation erfolgen müsse. Für die Zulässigkeit einer exceptio oder praescriptio fori, durch welche der magistratus sich der Competenzprüfung überhoben und sie dem judex anheim gegeben hätte, bleibt auch nicht ein einziger Fall, auch nicht die geringste Möglichkeit offen.

Ist es vielleicht die Nothwendigkeit einer Beweiserhebung, die den magistratus hierzu berechtigt hätte? Ein

---

Zeitschr. f. Rechtsgesch. 3 S. 353), vergl. l. 81 de jud.; l. 20 de jurisd.; l. 53 §. 3 de re jud. 42, 1; l. 4 C. de sent. 7, 45; l. 1—4 C. si a non compet. jud. 7, 48 und die Citate bei Linde, Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß 12, S. 8—10. Die Nichtigkeit kann nur durch nachträgliche Uebereinkunft beider Parteien geheilt werden, l. 2 C. communia utriusque 3, 38. — Daraus, daß die Bestellung eines judex durch einen incompetenten magistratus und die Sentenz dieses judex nichtig ist, ergibt sich unter anderm mit unerbittlicher Consequenz, daß, wenn der judex über die Competenz zu urtheilen gehabt hätte, das Incompetenzurtheil des judex selbst stets nichtig gewesen wäre.

Digitized by Google

Blick auf die angeführten Quellenzeugnisse belehrt uns sofort vom Gegentheil. Jene Stellen handeln gerade von den Fällen, wo Streit über den die Competenz begründenden Thatbestand ist. Wie wäre denn auch sonst eine Untersuchung über die Competenz nothwendig gewesen? Glaubt man, es hätte sich hier stets nur um eine abstrakt juristische Controverse gehandelt? Davon ist in jenen Stellen nichts gesagt. Es ist vielmehr von einer causae cognitio des magistratus, einer ihm obliegenden eingehenden Prüfung des Thatbestandes die Rede, um die Beweisaufnahme über Fragen, wie die, ob der Beklagte Gesandter sei oder nicht.[22]) Man muß mit dem deutschen Beweisurtheil aufgewachsen sein, um hier eine Trennung von Behauptung und Beweis wittern und für möglich halten zu können!

Sind es aber etwa die Fälle einer ausnahmsweisen Gestaltung der Gerichtsstandsverhältnisse, eines privilegium fori, einer vom Beklagten anzuführenden und zu beweisenden Exemtion vom gewöhnlichen Gerichtsstande, welche der magistratus nicht hätte selbst zu untersuchen brauchen, sondern auf den Exceptionsweg verweisen dürfen? Auch diese Vermuthung muß, kaum laut geworden, zurückgezogen werden. Die meisten jener Stellen, welche die definitive Untersuchung der Competenzverhältnisse dem praetor auferlegen, betreffen eben solche Exemtionsfälle, das privilegium der Gesandten, das jus domum revocandi.[23]) Wenn schon in diesen Fällen, die sich doch vor allen andern zu einer Einrede geeignet hätten, die datio actionis verboten und damit die Möglichkeit einer exceptio oder praescriptio ausge-

22) Vergl. namentlich l. 3, l. 5 §. 1 de legationibus.

23) L. 5, 8, 24—26 de jud. 5, 1; l. 30, 66 §. 3 ad SC. Trebell. 36, 1; l. 36 §. 2 de fidecomm. lib. 40, 5; l. 3, 5 §. 1 de legationibus 50, 7.

Digitized by Google

schlossen war, wie hätte man in den andern Fällen, wo der ordentliche vom Kläger zu beweisende Gerichtsstand in Frage stand, auf eine exceptio fori verfallen dürfen?

Endlich möge man doch auch eine oft angeführte, von der Bedeutung der Litiscontestation für die Competenzfrage handelnde Digestenstelle etwas näher betrachten und besser würdigen, durch welche jener Satz mit aller nur wünschenswerthen Entschiedenheit bestätigt und die Unmöglichkeit einer exceptio oder praescriptio fori unwiderleglich dargethan wird. Es ist dieß die l. 30 de jud. 5, 1 (Marcellus libr. 1 Dig.):

„Ubi acceptum est semel judicium, ibi et „finem accipere debet."

Das heißt doch offenbar: „Wo der Proceß einmal eingeleitet ist, muß er auch zu Ende geführt werden: im Moment der Litiscontestation ist die Competenzfrage bereits völlig erledigt",[24]) nimmermehr aber, wie allgemein angenommen wird: „Die Competenz des Gerichts bestimmt sich für jeden Proceß nach der Zeit seines Beginns, der Litiscontestation".[25]) Hiermit wäre etwas geradezu Falsches gesagt. Denn die Competenz wird gar nicht nach dem Zeitpunkt der Litiscontestation, sondern schon nach dem der Vorladung beurtheilt, so daß, wenn die competenzbegründenden Umstände sich inzwischen ändern, z. B. der am forum domicilii vorgeladene Beklagte seinen Wohnort noch vor der Litiscontestation wechselt, er sich doch auf die Klage

24) Vergl. l. 34 de jud.; l. 19 pr. de jurisd. 2, 1; l. 4 §. 2 de in jus vocando 2, 2; l. 4 l. eod. 3, 13. — Der Inhalt des l. 30 de jud. würde übrigens auch schon ohnehin aus der Consumtionskraft der Litiscontestation zu folgern sein; vergl. unten im 2. Abschnitt und im 8. Kapitel.

25) Wie Wetzell, System §. 39 S. 426 (ähnlich auch Renaud, S. 66, Endemann, S. 236, 237) diese Stelle paraphrasirt.

Digitized by Google

an seinem früheren forum einlassen muß.[26]). Von jener Behauptung, daß erst der Zeitpunkt der Litiscontestation für die Beurtheilung der Gerichtszuständigkeit maßgebend sein sollte, ist denn auch in der l. 30 de jud. nicht das Mindeste gesagt. Diese Stelle verbietet vielmehr gerade jede Competenzprüfung nach der Litiscontestation. Denn wenn das judicium da, wo es einmal begonnen, auch zu Ende gebracht werden muß, welchen Zweck hätte eine Competenzprüfung in judicio? Die l. 50 de jud. cit. wiederholt nur in einer andern, und zwar sehr deutlichen Wendung dasselbe, was in den vielen oben angeführten Stellen enthalten ist. Die Competenzfrage geht den judex nichts mehr an, sie ist vom magistratus abgethan; im Stadium der Sachverhandlung darf sie gar nicht in Betracht kommen und den Lauf des Processes hemmen, sie gehört ausschließlich in das Vorbereitungsverfahren. Damit ist aber auch gesagt, daß dem judex nie eine Incompetenzeinrede vorgelegt werden konnte. Vergegenwärtigen wir uns doch nur, wie sich nach l. 30 cit. der judex einer solchen Einrede gegenüber zu verhalten gehabt hätte? Er hätte sie schlechterdings ignoriren müssen. Der Proceß mußte ja dort, wo er eingeleitet war, auch beendigt werden. Eine Abweisung der Klage wegen Incompetenz war dem judex geradezu verboten!

26) L. 7. de jud.: Si quis posteaquam in jus vocatus est, miles vel alterius fori esse coeperit, in ea causa jus forum revocandi non habebit, quasi praeventus. L. (rest.) 4 pr. §. 1 l. de in jus vocando 2, 2. cf. l. 19 de jurisd. 2, 1. — Diese ganze wichtige Frage soll an einem andern Orte genauer erörtert werden, wo auch der sehr eigenthümlichen Auffassung, welche Keatz, der Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung, Gießen 1859, S. 41—51 mit der l. 30 cit. verbindet, und des von ihm darin entdeckten neuen „Gerichtsstandes der Litiscontestation" zu gedenken sein wird.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.

Die Bedeutung der „praescriptio fori".

Vieldeutigkeit des Ausdrucks „praescriptio". — Gewöhnliche Bedeutung. — Häufiges Vorkommen in der extraordinaria cognitio und im Criminalproceß. — Die einzelnen Quellenzeugnisse über die praescriptio fori. — Die praescriptiones bei Ga. 4, 133 und die Proceßeinredentheorie.

Die allen Quellenzeugnissen zum Trotz festgehaltene Ansicht, daß die Competenz des magistratus erst in judicio vermittelst einer Einrede zur Verhandlung und Entscheidung gekommen sei, stützt sich auf nichts anderes, als den Ausdruck „praescriptio fori", der sich in einigen wenigen, überdieß fast durchweg der letzten Periode des römischen Rechts angehörenden Stellen vorfindet.[27])

Dieser Ausdruck ist nunmehr etwas näher zu beleuchten und bei dieser Gelegenheit überhaupt die Bedeutung des Begriffes praescriptio, die man gerade der Proceßeinredentheorie zu Liebe sehr übertrieben hat,[28]) auf das gebührende bescheidene Maß zurückzuführen.

---

27) S. unten a. E. dieses Abschnitts. — Darüber, daß es keine eigentliche exceptio fori gegeben hat, ist man längst einig. Dieser Ausdruck findet sich nur in einer Constitution von Zeno (l. 14 C. de test. 4, 20) und von Justinian (l. 14 C. de sent. 7, 45) und es ist bekannt, in welchem ungenauen Sinne in jener Zeit unter dem Einfluß der griechischen Rechtssprache (παραγραφή) das Wort exceptio gebraucht wurde. S. Anm. 36 und Maxen, über Beweislast, Einreden und Exceptionen 1861, S. 28, 78, wo manche Beispiele angeführt sind.

28) Die Literatur s. oben Kap. 2, Anm. 14.

Digitized by Google

Die Vieldeutigkeit des Wortes „praescriptio“ ist schon oft bemerkt und ausführlich dargelegt worden.[29]) Hiernach steht so viel fest, daß man darunter nur ausnahmsweise einen Formeltheil, eine in judicio zu verhandelnde, der exceptio ähnliche Einwendung verstehen darf. In den bei weitem meisten Fällen bedeutet praescriptio eine Vertheidigung des Beklagten, die außer aller Beziehung zur formula und zum judicium steht. Am häufigsten kommt sie da vor, wo es sich überhaupt nicht um den Formularproceß handelt: bei der extraordinaria cognitio,[30]) dem Centumviralproceß,[31]) dem Appellationsverfahren[32]), namentlich aber dem Criminalproceß.[33]) Und auch hier bezieht sie sich fast ausschließlich auf das Vorbereitungsverfahren: auch hier bedeutet sie meistens eine Einwendung, über welche schon

29) Heffter, observ. ad Ga. comment. IV. p. 110—115; Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. 3 S. 303—305; Planck, Mehrheit S. 9, 10; Puchta, Instit. 2 §. 171; Keller, Civilpr. §. 43; Rudorff, Rechtsgesch. 2 §. 33; Bethmann-Hollweg, Civilpr. 2 §. 99, S. 399—404, 3 S. 265; besonders aber Dernburg, Verhältniß der hered. pet. z. b. erbschaftlichen Singularklagen, Heidelberg 1852, S. 39—44; vergl. auch Unterholzner, Verjährungslehre, herausgeg. v. Schirmer 1 S. 9—11.

30) Fragm. Vatic. 156, 161, 165, 166; l. 50 §. 1; l. 52 §. 3, 4 de jud. 5, 1 (s. unten S. 101—104); l. 12 de suspectis tutor. 26, 10; l. 77 §. 30 de legat. II. (31); l. 1 pr. de vacation. 50, 5; vergl. tit. ne de statu defunctor. 40, 15.

31) L. 8 pr. §. 1; l. 19 de appellat. 49, 1; l. 1 §. 10 quando appellandum 49, 4.

32) L. 12 pr. §. 2 de inoff. 5, 2.

33) L. 11 de except. 44, 1; l. 3 §. 1 de praevaric. 47, 15; l. 2 §. 1; l. 15 §. 7; l. 39 §. 5 ad leg. Juliam de adult. 48, 5; l. 5 §. 2 ad l. Juliam de vi publ. 48, 6; l. 1 §. 10 ad SC. Turpill. 48, 16; l. 1 C. Theod. de accusat. 9, 1 = l. 1 C. J. ubi senator. 3, 24; l. 7 C. Theod. ad l. Juliam de adult. 9, 7 = l. 33, C. J. 9, 9; vergl. Rudorff, röm. Rechtsgesch. 2, §. 129, S. 431, 432.

Digitized by Google

vor der Haupt- und Sachverhandlung entschieden werden mußte.[34]) Unverkennbar war „praescriptio“ ähnlich wie „defensio“ ein Wort von ganz allgemeiner Bedeutung, eine Generalbezeichnung für Erwiderungen des Beklagten, und zwar vorherrschend außerhalb des ordo judiciorum privatorum im Gebrauch.[35])

Es ist leicht erklärlich, daß bei weniger genauer Redeweise dieser umfassende und unbestimmte Ausdruck auch bisweilen für eine echte, der formula eingefügte exceptio gesagt wurde,[36]) namentlich seit Abschaffung der formulae,

---

34) Quintilian. inst. orat. 3, 6 §. 72; 7, 5 §. 2, §. 3; declam. 249, 250; l. 15 §. 7 ad leg. Jul. de adult. cit. (cf. l. 8 de accus. 48, 2); l. 1 C. Theod. de dominio rei 2, 5 = l. 1 C. J. 3, 40; l. 5 C. de pignor. 8, 14 (Anton. „— non causa cognita sed praescriptione superatus“); s. Rudorff, Bethmann-Hollweg a. a. O.

35) S. Hefftter, Planck, Dernburg a. a. O. („In extraordinariis cognitionibus, in der Verhandlung in jure, im Criminalproceß war Präscription der einzige Ausdruck für die Einreden, die der Beklagte vorbrachte“). Der Ausgangspunkt liegt wohl im Criminalproceß. Von daher scheint z. B. auch der Ausdruck praescriptio rei judicatae zu stammen; ob res judicata vorliege, wurde im Criminalverfahren schon in der Vorbereitungsinstanz entschieden, l. 7 §. 2 d. accusat. 48, 2. — Sollte das praescribere nicht gerade im Zusammenhange mit der inscriptio und subscriptio stehen? Vergl. über letztere Birnbaum, neues Archiv des Criminalrechts 9, 359 363.

36) S. die Anführungen bei den in Anm. 28 genannten Schriftstellern: z. B. praescriptio doli in l. 91 de solut. 46, 3, praescriptio transactionis l. 9 §. 1 de transact. 2, 15, praescriptio rei judicatae etc. Praescriptio kommt aber auch für solche Einwendungen in judicio vor, die offenbar nicht durch exceptio besonders instruirt wurden: s. z B. l. 77 §. 22 de leg. II. — In l. 53 de fidejusso 46, 1 „Capitis postulati fidejussores ex contractu citra ullam praescriptionem a creditore, qui reum postulabit, recte

Digitized by Google

wie denn auch in der griechischen Rechtssprache beide Ausdrücke völlig in einander übergegangen sind und παραγραφή stets für exceptio steht.[37]) Es ist aber schwer erfindlich, weßhalb man glaubt, gerade die praescriptio fori für einen dieser Ausnahmsfälle halten zu dürfen. Wer sie für eine exceptionsähnliche Einwendung erklärt, müßte doch angeben, aus welchem Grunde hier eine von dem gewöhnlichen Sinne des Ausdrucks praescriptio abweichende Bedeutung anzunehmen sei. Man beruft sich aber bloß auf jenen Namen, ohne einen einzigen Grund für die behauptete Ausnahmsbedeutung anzuführen, während doch, wie bereits zur Genüge gezeigt ist, alle Gründe dagegen sprechen und eine in judicio zu verhandelnde Incompetenzeinrede als etwas durchweg unzulässiges erscheinen lassen. Wäre man nicht schon von vorn herein durch die Verkennung der exceptio procuratoria von der Existenz proceßrechtlicher Exceptionen überzeugt gewesen und mit diesem Vorurtheil an die Betrachtung des Ausdrucks praescriptio fori herangetreten, so wäre man nimmermehr zu jenem Irrthum gelangt. Doch betrachten wir die einzelnen Stellen, in welchen jener Ausdruck vorkommt!

Er findet sich bloß in sechs Constitutionen von Kaisern der späteren Zeit:

conveniuntur" ist wahrscheinlich eine in jure zu erledigende Einwendung gemeint. Denn es handelt sich hier um den Aufschub des Civilprocesses wegen eines schwebenden Criminalprocesses; daß aber diese Frage in jure erledigt wurde, wird im 6. Kapitel gezeigt werden. Vergl. auch l. 1 C. 3. 40. Uebrigens ist in l. 53 de fidejuss. cit. statt „postulabit" sicherlich „postulavit" zu lesen. Dieß ergibt sich nicht bloß aus dem Sinne der Stelle, sondern auch aus den Basil. 26, 1, 53. — Auch in l. 3 C. ad SC. Tertullian. 6, 56 (praescriptio non petiti tutoris) handelt es sich offenbar um eine denegatio actionis, vielleicht auch bonorum possessionis.

37) S. die Basiliken und Theophilus. Daher auch die uneigentliche Bedeutung von exceptio in späterer Zeit, s. Anm. 27.

Digitized by Google

l. 1 C. ubi senatores 3, 24 = l. 1 C. Theod. 9, 1 (Constant. a. 317).
l. 11 C. ubi causae fiscales 3, 26 (Theod. a. 442),
l. 14 C. de test. 4, 20 (Zeno a. 486),[38])
l. 15 C. (rest.) eod.,
l. 29 C. de pactis 2, 3 (Justin.),
l. 13 C. de except. 8, 36 = l. 65 C. Theod. 11, 30 (Honor. et Theod. a. 415)

und in einem Fragment der Digesten:

l. 7 pr. qui satisd. cog. 2, 8.

Außerdem ist auch noch in

l. 50 §. 1, l. 51 §. 3, 4 de jud. 5, 1

von einer praescriptio die Rede, die allgemein auf das forum bezogen wird.

Von jenen sechs Codexstellen scheiden zunächst die ersten vier, als gar nicht hierher gehörig, aus. Die beiden ersten handeln von Einwendungen des Beklagten im Criminalproceß, die dritte und vierte von Einwendungen des Zeugen gegen die ihm vor einem fremden Gericht angesonnene Zeugnißpflicht. Diese vier Stellen sprechen also, anstatt für die exceptionsähnliche Bedeutung der praescriptio fori auf das entschiedenste gegen dieselbe, sie liefern einen neuen Beweis für den ganz allgemeinen, nicht technischen Sinn dieses Ausdrucks. Aber auch die beiden letztgenannten Codexstellen geben nicht die geringste Veranlassung, um hier eine Ausnahme von der gewöhnlichen Bedeutung des Wortes praescriptio anzunehmen. In der l. 13 C. de exc. wird sogar besonders hervorgehoben, daß eine vor der Litiscontestation zu behandelnde Frage vorliegt und in der l. 29 C. de pactis wird gar nicht einer gegenwärtigen gerichtlichen Verhandlung, in der die „praescriptio fori" vorgeschützt würde, gedacht, sondern nur

38) Vergl. oben Anm. 27.

Digitized by Google

von einem Verzicht auf einen privilegirten Gerichtsstand für den Fall eines zukünftigen Processes gesprochen.

Gerade so verhält es sich mit der einzigen aus der classischen Zeit des römischen Rechts stammenden Stelle, welche den in Rede stehenden Ausdruck enthält.

l. 7 pr. D. qui satisd. cog. 2, 8 (Ulpian. libr. 14 ad Ed.).

„Si fidejussor non negetur idoneus, sed dicatur habere fori praescriptionem et metuat petitor, „ne jure fori utatur, videndum, quid juris sit. Et „Divus Pius, ut et Pomponius libro epistolarum refert, et Marcellus libro tertio Digestorum et Papinianus libro tertio Quaestionum, Cornelio Proculo „rescripsit, merito petitorem recusare talem fidejussorem, sed si alias caveri non possit, praedicendum „ei, non usurum eum privilegio, si conveniatur."

Wie wenig die „praescriptio fori" in dieser Stelle zu besagen hat, ist schon von Planck gezeigt worden.[39]) Ulpian hat hier gar nicht die processualische Behandlung der Competenzfrage im Auge. Er handelt ja nur von dem vorläufigen Verzicht auf einen bevorzugten Gerichtsstand, auf ein „jus fori", auf ein „privilegium fori", Worte, die er geradezu als gleichbedeutend mit der im Anfang erwähnten praescriptio fori hinstellt. Er will mit dem letzteren Ausdruck also offenbar nur das Vorrecht, den privilegirten Gerichtsstand, welchen der Bürge hat, bezeichnen („si dicatur habere fori praescriptionem", nicht „si opponat etc."), ohne im entferntesten festzustellen, in welcher Form der Bürge sein Vorrecht in dem dereinst möglichen Proceß werde geltend machen müssen. Wollten wir uns einbilden, daß Ulpian damit eine exceptionsähnliche, in judicio zu erledigende Incompetenzeinrede gemeint habe, so würden

39) Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 9, 10, Anm. 9.

Digitized by Google

wir ihm ohne jeden Grund einen argen Widerspruch mit seinen sonstigen Aeußerungen Schuld geben. Denn gerade Ulpian betheuert da, wo er von der wirklichen processualischen Gestaltung der Competenzverhandlung spricht, wiederholt, daß sie nur in jure stattfinden und stets von dem magistratus selbst erledigt werden müsse („Praetoris est aestimare, an sua sit jurisdictio" — „ipse praetor debet causa cognita statuere")[40]). In der l. 5 de jud. bestätigt er dieß insbesondere auch betreffs der privilegia fori, von denen er in der l. 7 pr. qui satisd. cit. handelt.[41]) Wie auch von den anderen Juristen die Prüfung der Gerichtsstandsprivilegien durchweg in das Verfahren in jure verwiesen wird, ist oben bereits gezeigt worden.[42])

Was nun endlich die l. 52 §. 3, 4 de judiciis 5, 1 (Ulpian. libr. 6 fideicommiss.) anlangt, so ist vor allen Dingen zu bemerken, daß hier gar nicht von dem gewöhnlichen Proceßgange, in welchem allein echte Exceptionen oder exceptionsähnliche Präscriptionen vorkommen konnten, gehandelt wird, sondern von Fideicommißklagen, also von der extraordinaria cognitio, und die l. 52 §. 4 cit. spricht sogar von einer praescriptio gegen den bloßen Antrag des Fideicommissars auf Sicherheitsleistung. In sofern haben wir also in dieser Stelle wieder nur einen Beweis für die behauptete nicht technische Bedeutung der

40) S. oben Anm. 5, 6; vergl. auch l. 35 §. 2 de procur. l. 19 pr. de jud., l. 5 §. 1 de const. pecunia.

41) Planck macht auch darauf aufmerksam, daß in l. 7 pr. cit. wahrscheinlich gerade das in l. 5 behandelte jus domum revocandi gemeint ist, wenigstens handelt Papinianus in einer Stelle aus dem citirten dritten Buch seiner Quästionen, l. 39 §. 1 de jud. 5, 1, von dieser Art von Privilegien, unter besonderer Bezugnahme auf den hier behandelten Fall, daß dem Bürgen ein solches Privileg zustehe.

42) S. Anm. 23.

Digitized by Google

praescriptio vor uns. In l. 52 pr. de jud. wird denn auch diese praescriptio ausdrücklich mit dem ähnlich unbestimmten und weitreichenden Worte „defensio", nicht etwa mit „exceptio" paraphrasirt.

Aber selbst abgesehen hiervon würde jene Stelle hier, für die Competenzfrage, gar nicht in Betracht kommen können. Die dort erwähnte praescriptio bezieht sich nämlich, wie gegenüber der herrschenden Ansicht auch schon von anderer Seite bemerkt worden ist,[43]) gar nicht auf die Competenz des Gerichts, sondern auf den Erfüllungsort. Ulpian erörtert die Frage, an welchem Orte der Erbe das Fideicommiß leisten, entrichten, zahlen muß:

„non erit ad praestationem compellendus" (l. 50 pr. cit.),

„nisi probetur: eo loco voluisse testatorem fideicommissum praestari" (eod.),

„ut puta alimentis praestandis, quae Romae praestari pater familias jusserat" (l. 50 §. 1 cit.),

„quotiens autem coepit quis fideicommissum solvere, non potest hac praescriptione uti" (l. 50 §. 2 cit.),

„si consenserit alio loco dare, necesse habere secundum consensum dare ubi consenserit" (l. 51 eod.),

„quamvis major pars hereditatis in provincia sit, tamen Romae debere fideicommissum solvi dicendum est, cum apparet id testatorem sensisse —" (l. 52 §. 1 cit.),

„licet major pars totius patrimonii in provincia sit, dici oportet, Romae esse praestandum" (l. 52 §. 2 cit.).

43) Planck, Mehrheit S. 10, Anm. 9. — Vergl. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 32, 33, Reatz, die Lehre vom Erfüllungsort S. 57, 58.

Digitized by Google

Gegen diese ihm an einem andern Orte angesonnene Leistung des Fideicommisses kann der Erbe durch eine „praescriptio quasi major pars hereditatis alibi sit" (l. 50 §. 1 cit., §. 2, l. 52 §. 3, 4) Einspruch erheben. Diese praescriptio ist also eine rein materielle Einrede, durch welche eine Ausnahme von der gewöhnlichen Modalität der Zahlungsverbindlichkeit geltend gemacht, keineswegs aber die Zulässigkeit des Processes bei dem von dem Fideicommissar gewählten Gericht bestritten wird. Welches Gericht competent ist, wird in l. 50—52 cit. gar nicht untersucht.[44])

Freilich müssen wir nach den allgemeinen Grundsätzen vom forum contractus annehmen, daß da, wo der Erbe zur Leistung des Fideicommisses verbunden war, also ibi, ubi major pars hereditatis erat, er auch vom Fideicommissar belangt werden konnte. Und dieß wird auch ausdrücklich in den Quellen bestätigt.[45]) Aber daraus folgt doch noch nicht, daß der Erbe nur dort, bloß am Ort der Erfüllung hätte belangt werden können. Dieses forum speciale steht vielmehr, wie die übrigen Specialgerichtsstände, in Wahl mit dem forum generale, dem Gerichtsstand des Wohnorts.[46]) Wenn also der Erbe in einem

44) Wenn von dem forum, an welchem der Erbe zu belangen ist, gesprochen wird, heißt es „heres ibi defendi debet" l. 19 pr. de jud. 5, 1, l. 66 §. 4 ad SC. Treb. 36, 1, vergl. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 17, Anm. 50. „Ubi solvi, praestari, dari debet" bedeutet immer den Erfüllungsort. Sehr lehrreich für die hier behandelte Frage ist eine Vergleichung von l. 47 pr. §. 1, l. 108 pr. de leg. I. (30).

45) L. 66 §. 4 ad SC. Trebell. 36, 1; l. un. C. ubi fideicomm. petatur 3, 15, vergl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 32—34, 48; Briet, Gerichtsstand der persönl. Verbindlichkeit (1828) S. 67 bis 75; Brackenhöft, Erörterungen zu Linde's Lehrb. S. 238; Wetzell, System S. 445, Anm. 26; Renaud S. 85.

46) L. 19 §. 4 de jud. — eum, qui ita fuit obligatus, ut in Italia solveret si in provincia habuit domicilium, utrubique posse

Digitized by Google

andern Gerichtssprengel, als wo der größere Theil des Nachlasses sich befand, seinen Wohnsitz hatte, so durfte der Fideicommissar sowohl hier wie dort klagen.[47]) Den Ausschluß des forum domicilii durch eine praescriptio, quasi major pars hereditatis alibi sit, konnte also Ulpian gar nicht behaupten. Eine solche Incompetenzeinrede wäre unzulässig und widersinnig gewesen.

Man prüfe das Ergebniß dieser Specialuntersuchung des Ausdrucks praescriptio fori, man vergleiche damit die gewöhnliche Bedeutung des Wortes praescriptio überhaupt, man vergegenwärtige sich die Aussprüche der römischen Juristen über die absolute Nothwendigkeit der Competenzprüfung vor der Litiscontestation und lege sich dann die Frage vor, aus welchem Grunde man denn darauf gekommen ist, unter jener „praescriptio fori" eine exceptionsähnliche in judicio zu verhandelnde Einrede zu verstehen!

Es fällt schwer, hierauf eine annehmbare Antwort zu finden. Es bleibt nichts anderes übrig als einzugestehen: Der einzige Grund, weßhalb man die praescriptio fori für eine echte Einrede gehalten hat, ist — der Wunsch, außer der exceptio procuratoria auch noch andere Proceßeinreden im römischen Recht ausfindig zu machen!

Mit sehr wenig glücklichem Erfolge haben sich einige Schriftsteller angestrengt, die herrschende Theorie durch eine Berufung auf Ga. IV. §. 133 zu stützen, indem sie die praescriptio fori in eine besondere Beziehung zu den hier von Gaius erwähnten, schon zu seiner Zeit abgekommenen

---

conveniri et hic et ibi. Vergl. Savigny, System 8 S. 241, 242 und die in Anm. 45 genannten Werke.

47) Vergl. l. 66 §. 4 ad SC. Trebell. 36, 1. — Oportet itaque fideicommissarium conveniri, ubi vel domicilium habet vel major pars restitutae hereditatis habetur.

Digitized by Google

praescriptiones pro reo bringen und gerade in diesen praescriptiones die vermeintlichen Proceßeinreden des römischen Rechts entdeckt zu haben vermeinen.[48]) Gaius berichtet dort, es habe ehemals (olim) außer den praescriptiones pro actore auch noch praescriptiones pro reo gegeben, d. h. Vorbehalte, die zu Gunsten des Beklagten der formula vorangeschickt worden seien; als Beispiel führt er die praescriptio quod praejudicium hereditati non fiat an, bemerkt aber ausdrücklich, diese habe zu seiner Zeit bereits die Form einer exceptio angenommen (nunc in speciem exceptionis deducta est), gegenwärtig gebe es nur noch praescriptiones zu Gunsten des Klägers, (his quidem temporibus omnes praescriptiones ab actore proficiscuntur).

Mögen wir uns nun auch noch so kühnen Vermuthungen über die Bedeutung jener verschollenen praescriptiones pro reo hingeben, mögen wir ihren Unterschied von den exceptiones auch nicht bloß, wie das weitaus wahrscheinlichste ist, in der Form,[49]) sondern auch im Inhalt und in der

48) S. die im Kap. 2, Anm. 14 angeführten Schriften. Der Urheber dieser Ansicht ist Zimmern (Rechtsgesch. 3, §. 95—97) vergl. auch Heffter, comm. ad Ga. libr. IV. p. 110—115. Sie hat seitdem fortwährend die Exceptionentheorie unsicher gemacht (s. namentlich Helmolt, Verh. der Except. S. 172—175, Puchta, Instit. II., §. 171, Rudorff, Rechtsgesch. 2 §. 33, Pfeiffer, a. a. O. Bd. 11, S. 101—106, auch Savigny, System 5 S. 176 A. u. hat sich von ihr beeinflussen lassen). Sie trägt wesentlich Schuld daran, daß das Proceßeinredendogma so lange bestehen geblieben ist.

49) Wie der Verfasser schon in seiner Habilitationsschrift de praejudicialibus exceptionibus, Heidelb. 1863, p. 49 geäußert und näher begründet hat, unter Beistimmung von Krüger, processual. Consumtion 1864, S. 76, Anm. 19. A. A. waren z. B. Bekker, processual. Consumtion S. 89, Savigny, Puchta a. a. O., Derenburg, Verhältn. §. 3 u. 4. — Dagegen wird die richtige Ansicht

Digitized by Google

Wirkung suchen wollen, — immer bleibt doch gewiß, daß sie zu Gaius Zeit nicht mehr existirten. Wie kann man also darauf verfallen, diejenigen praescriptiones, welche noch nach Gaius Zeiten bestanden haben und sogar nur von spätern Juristen angeführt werden, zu jenen von Gaius gemeinten praescriptiones zu rechnen und darauf wieder eine Reihe schon an und für sich sehr gewagter Schlüsse zu bauen? Hätte die praescriptio fori zu ihnen gehört, so hätte sie ja gerade schon vor Gaius untergegangen sein müssen. Wenn die späteren römischen Juristen noch von einer praescriptio fori sprechen, so liegt doch zu Tage, daß sie damit etwas anderes, als eine jener untergegangenen praescriptiones gemeint haben, und daß gerade im Zweifel dadurch kein in judicio zu verhandelnder Formeltheil hat bezeichnet werden sollen. Denn solche Präscriptionen gab es ja laut des Gaius Bericht schon zu seiner Zeit nicht mehr; sie waren schon damals in Exceptionen umgewandelt.

Durch diese Erwägung stürzt das ganze Luftschloß des auf Ga. 4, 133 aufgebauten eigenthümlichen Präscriptionenbegriffs, in welchem man die unbehagliche Gruppe der Proceßeinreden glücklich untergebracht zu haben glaubte, sofort zusammen. Hatte man doch auch schon immer, so ungern man es auch hervorhob, einbekennen müssen, daß noch sehr viele rein materielle Einreden dahinein gehörten

---

wieder von Bethmann-Hollweg, Civilpr. 2 §. 99, S. 403 vertreten, der in seiner klaren und maßvollen Weise jene vagen, auf den bloßen Namen praescriptio gegründeten Conjecturen auf ihren wahren Gehalt zurückführt. Mit seiner Darstellung dürfte diese Controverse endgültig abgeschlossen sein, zumal durch die Beseitigung der Proceßeinredentheorie das geheime Motiv, weßhalb man aus jenen praescriptiones etwas Besonderes zu machen sich gedrungen fühlte, wegfällt.

Digitized by Google

und andererseits gerade die wichtigsten und anscheinend sichersten Proceßeinreden, die exceptiones procuratoriae und cognitoriae — der exceptiones litis dividuae et rei residuae gar nicht einmal zu gedenken — dort kein Unterkommen finden konnten, da sie sich einmal nicht zu praescriptiones umtaufen ließen.[50]) Ueberdieß wird von jener praescriptio quod praejudicium non fiat im folgenden Kapitel gezeigt werden, daß auch sie nicht einmal eine Proceßeinrede ist.

In welche Verlegenheit man durch die Annahme, daß die praescriptio fori zu den von Gaius angeführten exceptionsähnlichen Präscriptionen gehört habe, gerathen ist, dafür mag auch noch der eclatante Widerspruch zeugen, in den sich die beiden Hauptvertreter jener Ansicht, Zimmern und Puchta, verwickelt haben. Zimmern meint, ursprünglich habe der magistratus selbst über die streitige Competenz entschieden, erst im späteren Processe sei daraus die in principio litis zu opponirende, vom judex zu erledigende fori praescriptio geworden.[51]) Umgekehrt sagt Puchta, ursprünglich sei die Competenzfrage vermittelst praescriptio vom judex, später aber vom magistratus selbst entschieden worden![52])

Noch unbequemer war den Anhängern jener Theorie das Zugeständniß, daß doch auch bei einer praescriptio es zu einer Consumtion des Klagrechts kommen mußte, da doch einmal die Litiscontestation vor sich gegangen war — eine Consequenz, die schlechterdings nicht abgelehnt wer-

50) Obgleich man auch diese Operation zwangsweise mit ihnen vorgenommen hat; s. Kap. 3, Abschnitt 3 Anm. 53.

51) Zimmern, röm. Rechtsgesch. 3 §. 27 a. E. S. 78, vergl. §. 97.

52) Puchta, Institut. 2 §. 173, S. 166, womit freilich wieder §. 185 S. 232 und namentlich die Anmerkung Rudorffs zu §. 171 p. nicht in Einklang zu bringen ist.

Digitized by Google

den kann.[53]) Freilich kam dieses Zugeständniß bei der praescriptio fori besonders hart an. Der Kläger sollte sein Recht einbüßen durch einen Proceß, von dem der Richter selbst erklärte, daß ihm die erste Voraussetzung zur Gültigkeit, die Competenz des Gerichts fehle und dem deßhalb keine weitere Folge gegeben werden durfte? Doch man hat sich auch hierein gefunden. War man doch in der Proceßeinredentheorie noch Schlimmeres gewöhnt! —[54])

Der herrschenden Ansicht über die exceptio s. praescriptio fori stehen Entschuldigungsgründe, wie sie bezüglich der exceptio procuratoria angeführt werden konnten, nicht zur Seite. Ihre Unhaltbarkeit liegt sehr offen zu Tage. Sie verstößt gegen den klaren Wortlaut der Quellen, gegen den mit aller nur möglichen Präcision aller Orten beglaubigten Grundsatz, daß die Competenzprüfung nie erst in judicio vorgenommen werden durfte. Sie beruht nur auf einer oberflächlichen Argumentation aus dem vieldeutigen Worte praescriptio, wobei man von dessen gewöhn-

---

53) S. Anm. 38 und die genauere Beweisführung in der dort angeführten Schrift des Verfassers p. 48 n. 148.

54) Es ist lehrreich, daß man selbst hierfür Gründe aufzutreiben gewußt und anzuführen gewagt hat. Helmolt, Verh. der Exceptionen zur Beweislast S. 175 findet die Consumtion des Klagrechts auch bei einer Abweisung wegen Incompetenz ganz in der Ordnung. Er sagt geradezu: „Auch die praescriptio fori kann hierin keinen Unterschied machen etwa aus dem Grunde, weil bei deren Richtigkeit der Magistrat als gar nicht zur Constituirung des judicii befugt erschien. Denn durch die hartnäckig herbeigeführte Litiscontestation sollte der Kläger wie durch einen freiwilligen Vertrag (judicio contrahitur) trotzdem in die Proceßstrafe verfallen!“ Vergl. oben Kap. 3, Abschnitt 3, A. 64.

Digitized by Google

lichem Sinne abzuweichen beliebt, ohne dazu durch irgend eines der dafür angerufenen Quellenzeugnisse veranlaßt zu sein. Sie wird insbesondere durch Ga. inst. 4, 133 anstatt bestätigt, vielmehr widerlegt.

So lange man noch unter einer exceptio jede beliebige Erwiderung des Beklagten verstehen zu dürfen vermeinte, mochte auch die exceptio fori in diesem verschwommenen Begriffe Platz finden und geduldig hingenommen werden. So lange man glaubte, die exceptio dilatoria sei eine proceßverzögernde oder -verhindernde Einrede, mochte auch die praescriptio fori, obgleich die Quellen nicht das mindeste davon sagen, zu den dilatorischen Einreden gezählt werden. Da man sich im modernen Proceß, genöthigt durch die einfachste vernünftige Ueberlegung, dazu verstand, sich bei diesen Exceptionen über die sonst für eine exceptio geltenden Regeln hinwegzusetzen, so wurde jener Irrthum, so sehr er auch die klare Einsicht in das Wesen der Competenzprüfung verwirren mußte, in seinen verderblichsten praktischen Consequenzen wenigstens erheblich abgemildert.

Seit man aber Gelegenheit gehabt hat, sich über den Begriff der exceptio klar zu werden, hätte auch, wenn man nicht durch die Proceßeinredentheorie verblendet gewesen wäre, die Widersinnigkeit der Annahme, daß im römischen Proceß die Competenz des magistratus je vom judex untersucht worden sei, einleuchten müssen. Indem man an dieser Ansicht festhielt und sie sogar gegen die treffenden Bemerkungen Plancks noch zu vertheidigen suchte, setzte man sich in einen bewußten Widerspruch nicht bloß mit dem Wesen der römischen Einrede und mit den Grundprincipien des gesammten römischen Civilproceßes, sondern geradezu mit den Geboten der gesunden Vernunft. Man möge sich doch endlich einmal die Folgerungen, die unweigerlich aus jener Annahme zu ziehen sind, vergegenwärtigen.

Digitized by Google

Wer behauptet, daß es im römischen Proceß eine exceptio fori oder eine praescriptio fori, die erst in judicio zu untersuchen gewesen wäre, gegeben habe, der sagt:

1) der Beklagte habe aller Orten, wo es dem Kläger einen Proceß anzustellen beliebte, sich auch auf denselben einlassen, dort vadimonium bestellen, dort die Litiscontestation vornehmen und eben da alle Weiterungen und Beschwernisse der gerichtlichen Verhandlung durchmachen müssen, wo er eben laut der Competenzvorschriften von solcher Last verschont bleiben sollte,
2) da der Beklagte überall zur Litiscontestation verpflichtet gewesen wäre, so hätte er auch an allen Orten der Welt für gehörige Vertheidigung sorgen müssen, widrigenfalls sich einer contumacia schuldig gemacht,
3) nicht der Kläger habe beweisen sollen, daß er am richtigen forum Klage erhoben habe, sondern der Beklagte, daß er am unrichtigen forum verklagt sei,
4) der magistratus habe selbst dann, wenn die gegründetsten Zweifel gegen seine Befugniß zur Rechtssprechung vorlagen und geltend gemacht wurden, dennoch stets unbedenklich Recht gesprochen,
5) er habe auch, wenn er gar nicht im Stande war einen judex zu ernennen und ein judicium zu bestellen, es trotzdem auf das Gerathewohl gethan,
6) nicht der Gerichtsbeamte selbst habe sich über die Grenzen seines amtlichen Wirkungskreises vergewissert, sondern dieß dem erst von ihm in Folge seiner bestrittenen Zuständigkeit zum Geschwornen ernannten Privatmanne zur Prüfung anheimgegeben, während letzterer doch nicht einmal über seine eigene Fähigkeit zum Geschwornendienste selbst befinden durfte, sondern hierüber allein dem magistratus ein Urtheil zustand, so daß es

Digitized by Google

7) zu folgender sinnloser Rollenvertauschung gekommen wäre: der magistratus hätte über die Fähigkeit des judex entschieden, dagegen der judex darüber, ob denn auch sein magistratus fähig gewesen sei, ihn zum judex zu bestellen; hieraus wäre nun,
8) wenn die Entscheidung des judex negativ ausfiel, der circulus inextricabilis entstanden, daß durch dieses Incompetenzurtheil der judex zugleich das ganze judicium und damit auch wieder sein eigenes Urtheil selbst für null und nichtig erklärt hätte,[55]) und dennoch
9) wäre dieses nichtige judicium immerhin als gültig angesehen worden; denn es wäre aus ihm doch die exceptio rei in judicium deductae vel rei judicatae erwachsen![56])

55) S. Anm. 21.
56) S. Anm. 54.

Digitized by Google

Sechstes Kapitel.

Die exceptio praejudicii.

Die Proceßeinredentheorie ist nunmehr auf eine einzige Einrede, die exceptio praejudicii, reducirt. Aber auch aus dieser letzten Position muß sie weichen.

Daß die exceptio praejudicii keine Proceßeinrede ist, habe ich bereits in einer anderen Schrift nachzuweisen gesucht.[1]) Da diese Abhandlung jedoch nur im engeren

1) Bülow, de praejudicialibus exceptionibus, Heidelb. 1863. — Zustimmend: Literar. Centralblatt 1864, Nr 23, S. 541, 542; Renaud, Civilpr. § 152, S. 402, 403; Bethmann-Hollweg, Civilpr. 2 S. 400, 401, Anm. 78; Wetzell, System, 2. Aufl., S. 806—810 (über die Vorbehalte der beiden letzteren s. unten Abschn. 3 u. 4) Durch die Entgegnungen in der Anzeige jener Schrift in der Münchener krit. Vierteljahrsschrift Bd. 5 (1863). S. 413–418 (A. Pernice) wird die hier in Frage stehende Meinung nicht betroffen; gegen dieselben s. Abschn. 2 (S. 127) u. 3 a. E. Die Differenz mit Pernice betrifft im Wesentlichen nur meine damals gelegentlich geäußerte Anschauung von dem gesammten officium jus dicentis, in welcher ich inzwischen nur noch bestärkt worden bin (s. Kap. 8). Gegen die Auffassung von Pernice (vergl. dessen Gratulationsschrift zu Witte's Jubiläum, de ratione quae inter praetorem etc, Halle 1864), s. auch Bekker in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. 6 S. 424—426.

Digitized by Google

Kreise bekannt geworden ist, so empfiehlt es sich, auf die wichtigsten der dort vorgebrachten Gründe hier nochmals zurückzukommen. Auch sind viele damals noch nicht berührte Argumente nachzuholen, durch welche die dort vertheidigte Meinung vollends außer Zweifel gestellt wird.

Diese Untersuchungen führen zu einer Revision der gesammten Präjudicialeinredenlehre. Das Proceßeinredendogma konnte in dieser Lehre nur deßhalb Wurzel fassen, weil die Bedeutung und der Umfang der exceptio praejudicii von Grund aus falsch beurtheilt worden ist.

Es handelt sich aber auch zugleich um eine fundamentale Revision der Lehre von der Reihenfolge, welche zwischen mehreren nebeneinander zur gerichtlichen Verhandlung kommenden, innerlich zusammenhängenden Processen zu beobachten ist. Der Grundfehler der herrschenden Ansicht besteht darin, daß man die letztere Lehre mit der Präjudicialeinredenlehre, die außer aller Beziehung zu ihr steht, identifizirt und dadurch die beiderseitigen Grundsätze in völlige Verwirrung gebracht hat.

Erster Abschnitt.

Das Verbot des Präjudicirens im Allgemeinen.

Die Regel der l. 54 de jud. — Beziehung 1) auf zukünftige wichtigere Processe? — 2) auf die exceptio praejudicii? — Gründe gegen diese Annahmen.

Im römischen Recht ist vorgesorgt, daß einem wichtigeren Proceß nicht durch andere unwichtigere Processe vorgegriffen, „präjudicirt" werde. Wenn einem unwichtigeren Proceß die Begründung oder doch ein Theil derselben

Digitized by Google

gemeinsam mit einem wichtigeren ist, so soll letzterer den Vorrang haben:

l. 54 de jud. 5, 1. (Paulus libr. 1 Sentent.)
„Per minorem causam majori cognitioni „praejudicium fieri non oportet; major „enim quaestio minorem causam ad se „trahit.“ [2])

Sofort sind aber folgende Fragen aufzuwerfen:

1) Ist jener Satz nur von dem Falle zu verstehen, wenn der wichtigere Proceß bereits zur Zeit, wo der unwichtigere verhandelt wird, angestellt ist? Oder gilt er auch, wenn der wichtigere Proceß noch gar nicht erhoben, sondern bloß in der Zukunft möglich, denkbar ist? Mit anderen Worten: wird einer Präjudicialgefahr nur im Interesse schwebender, oder auch im Interesse erst zukünftiger Processe vorgebeugt?

Die Erheblichkeit dieser Unterscheidung und die Berechtigung eines Zweifels in dem zweiten Falle ergiebt sich aus folgenden Erwägungen.

Wenn zwei Processe, in denen dieselbe Frage zur Entscheidung kommen muß, zu gleicher Zeit bei Gericht anhängig sind, so hat es nichts Bedenkliches, dem wichtigeren von beiden den Vorrang einzuräumen und die Entscheidung in dem unwichtigeren auf so lange auszusetzen, bis in dem wichtigeren das Urtheil gesprochen ist. Es erscheint vielmehr nur als ein Gebot zweckmäßiger Proceßleitung, an-

2) Was unter „praejudicium majori cognitioni fieri“ im Näheren zu verstehen ist, wird wenigstens in einer speciellen Richtung erläutert in l. 21 de exc. 44, 1 (Neratius libr. 4 Membranar.); „Rei majoris pecuniae praejudicium fieri videtur, quum ea quaestio in judicium deducitur, quae vel tota vel ex aliqua parte communis est quaestioni de re majori.“

Digitized by Google

statt beide Processe auf gut Glück neben einander herlaufen zu lassen, eine sachgemäße Reihenfolge zwischen ihnen herzustellen und nicht zu dulden, daß der unwichtigere vor dem wichtigeren den Vorsprung gewinne. Der unwichtigere Proceß erfährt ja dadurch auch immer nur einen kurzen Aufenthalt. Dieser leicht zu verwindende Nachtheil wird vollaus durch den viel größern Vortheil aufgewogen, der hieraus für die Urtheilsfällung, in Hinsicht auf Arbeitsersparniß, Gründlichkeit und Gleichmäßigkeit erwächst.[3])

Anders verhält es sich dagegen, wenn der wichtigere Proceß, dem der unwichtigere nachstehen soll, noch gar nicht angestellt ist, sondern erst in einer ungewissen Zukunft liegt. Hier würde jener Grundsatz, allgemein durchgeführt, zu den widersinnigsten Folgen führen.

So zweckmäßig es ist, daß von zwei zu gleicher Zeit neben einander herlaufenden Processen immer der wichtigere zuerst erledigt wird, ebenso unpassend, ja geradezu undurchführbar wäre es, jeden Proceß, dem irgend ein Theil der Begründung mit irgend einem in der Zukunft möglichen wichtigeren Proceß gemeinschaftlich ist, bis zur Anstellung und zum Austrage des letztern zu sistiren. Wollte man den für zukünftige Processe zu besorgenden praejudicia inso weiter Ausdehnung entgegentreten, so ließe sich kaum eine einzige Klage ausfindig machen, welche unbehindert stattfinden könnte.

Fast alle Klagen enthalten Folgerungen aus allgemeineren, umfassenderen und deßhalb wichtigeren Rechten, die auch an und für sich den Gegenstand eines selbstständigen Processes bilden können. Jede Klage des römischen Rechts hing z. B. schließlich vom Nachweis der Freiheit des Klägers ab. Es. konnte also bei jeder Klage die Gefahr eines praejudicium für einen möglichen wichtigeren Proceß,

3) Vergl. Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten 1844, §. 26—28.

Digitized by Google

den Freiheitsproceß (liberale judicium), auftauchen. Wären nun die Römer in der That bei der Verhütung von praejudicia im Interesse zukünftiger Processe eben so weit, wie im Interesse bereits anhängiger Processe gegangen, so hätte jede Klage sistirt werden müssen, sobald nur der Beklagte die Freiheit des Klägers bestritt. Es war ja möglich, daß später doch einmal ein liberale judicium gegen den Kläger angestrengt wurde. Diesem wichtigeren Processe hätte nimmermehr vorgegriffen werden dürfen! Man hätte abwarten müssen, wie dieses futurum judicium ausfallen würde! Ein recht bequemes Mittel für jeden säumigen Schuldner, den Gläubiger ad Kalendas Graecas zu vertrösten: er brauchte, wenn es zum Proceß kam, nur die Freiheit des Gläubigers in Abrede zu stellen! Dem Gläubiger wäre auf diesen Coup des Beklagten hin nichts anderes übrig geblieben, als sich die möglichste Mühe zu geben, bald einen selbstständigen Freiheitsproceß gegen sich selbst anzustiften. So lange ihm nicht Jemand den Gefallen erwies, ihn in servitutem zu vindiziren, so lange hätte er mit jeder Klage gegen seine Schuldner, Diebe u. s. w. verziehen müssen!

Man braucht aber gar nicht auf so tief liegende und allgemeine Klaggründe, wie den status libertatis, zurückzugehen, um sich von der Widersinnigkeit eines allgemeinen, auch auf zukünftige Processe berechneten Präjudicirungsverbots zu überzeugen. Es gibt viele Klagen, welche die Begründung auf ein anderes wichtigeres Recht offen zur Schau tragen, z. B. die actio confessoria, die actio communi dividundo, familiae herciscundae, hypothecaria, pignoraticia, Zinsenklagen, Klagen gegen Bürgen, Schadensersatzklagen aus Handlungen, welche außerdem strafrechtlich verfolgt werden können. Alle diese Processe treffen in einem Theil ihrer Begründung mit einem in der

Digitized by Google

Zukunft möglichen wichtigeren Proceß, einer rei vindicatio, Schuldklage, Criminalunterſuchung zuſammen.

Darf man nun annehmen, daß jene acceſſoriſchen Rechte nie vor dem Hauptrecht eingeklagt werden konnten? Mußte z. B. der Gläubiger, ehe er die Zinſen einklagen oder ſich an das Pfand oder die Bürgen halten konnte, ſtets vorerſt wegen der Hauptſchuld ſelbſt, falls dieſe beſtritten wurde, einen ſelbſtſtändigen Proceß beginnen? Durfte die Eigenthumsfrage nie im Theilungsproceß zum Austrage kommen, nie gegen den Delinquenten eine Schadenerſatzklage erhoben werden, bevor er criminell verfolgt und beſtraft war?

Ich glaube, wer auch nur eine ungefähre Kenntniß des römiſchen Rechts und eine Ahnung von den Bedürfniſſen des Rechtslebens hat, wird ſich nicht zu einer bejahenden Antwort entſchließen können. Daß jene Annahme in der That gegen den klaren Wortlaut der Quellen verſtößt, wird ſpäter (Abſchnitt 4) nachgewieſen werden.

Aus dieſen Betrachtungen folgt ſo viel mit Sicherheit: es iſt unmöglich, den Grundſatz der l. 54 de jud. in ſeiner Allgemeinheit auch von einer zukünftigen cognitio major zu verſtehen. Er kann, da er einmal ſo allgemein lautet, bloß von einer bereits bei Gericht anhängigen cognitio major verſtanden werden. Er verbietet nur, daß von zwei neben einander herlaufenden, innerlich zuſammenhängenden Proceſſen der unwichtigere eher abgeurtheilt, „präjudicirt“ werde, als der wichtigere.

Und prüfen wir doch den Wortlaut der l. 54 cit.! Enthält dieſe Stelle irgend eine Hindeutung auf eine erſt in der Zukunft bevorſtehende, bloß mögliche major cognitio? Davon iſt nicht das mindeſte geſagt. Wir müßten eine ſolche Beziehung auf zukünftige Proceſſe erſt willkürlich hineintragen. Wenn Paulus ſagt: „ein unwichtigerer Proceß darf nie vor einem wichtigeren abge-

Digitized by Google

urtheilt werden," so ist doch das nächstliegende, anzunehmen, er habe einen wirklichen, nicht bloß einen möglichen wichtigeren Proceß im Sinne. Hätte er auch von zukünftigen Processen sprechen wollen, so hätte er das jedenfalls besonders zu erkennen geben müssen. Wenn nicht, so war eine Verwahrung gegen jenes Mißverständniß ganz überflüssig.

Man möge doch auch den Tit. Cod. de ordine cognitionum 7, 19 vergleichen. Hier ist gerade, wie in l. 54 de jud. cit. von der Reihenfolge zwischen mehreren „cognitiones" die Rede. In keiner Stelle dieses Titels wird aber von bloß möglichen, sondern überall von wirklichen, bereits vor Gericht befindlichen cognitiones gesprochen.

Wie späterhin gezeigt werden wird, giebt es allerdings einige Ausnahmsfälle, in denen im Interesse eines wichtigeren Anspruchs, der noch nicht gerichtlich anhängig gemacht ist, ein damit zusammenhängender, unwichtigerer Proceß vorerst verhindert wird — und diese Fälle sind es, die, indem man sie willkürlich generalisirte, zu jener mißverständlichen Auslegung der l. 54 de jud. Anlaß gegeben haben. Aber man beachte wohl, daß in jenen Ausnahmsfällen nie von einem praejudicium, quod cognitioni s. judicio fiat, nie von einem Präjudiz, welches für einen Proceß zu besorgen wäre, sondern immer nur von einem praejudicium, quod hereditati, fundo fiat gesprochen wird, also von einem Präjudiz, welches für einen wichtigeren Gegenstand erwachsen könnte: es wird ein „im voraus urtheilen über die Erbschaft oder das Grundstück" verboten, nicht wie in l. 54 de jud. ein „eher urtheilen als in einem andern wichtigeren Proceß." Ein Verbot der letzteren Art wäre in jenen Ausnahmsfällen gar nicht am Platze gewesen, da ja ein „Proceß", eine „cognitio," der präjudizirt hätte werden können, noch gar nicht vorlag.

Digitized by Google

Aus der l. 54 de jud. läßt sich also nur der Satz entnehmen, daß von zwei neben einander herlaufenden Processen der wichtigere zuerst abgeurtheilt wird. Wie es im Interesse zukünftiger noch gar nicht zum Proceß erwachsener wichtigerer Rechtsfragen gehalten wird, darüber besagt jener Grundsatz nichts.

2) Eine andere Frage ist: auf welche Weise, in welcher processualischen Form wurde die Regel der l. 54 de jud. durchgeführt? Hatte der magistratus von Amtswegen darauf zu achten, daß der unwichtigere Proceß bis zum Austrage des wichtigeren sistirt wurde? Oder blieb es dem Beklagten überlassen, im Wege einer Einrede auf die Zurückstellung des minder wichtigen Processes zu dringen?

Alle Wahrscheinlichkeit spricht für das erstere Verfahren. Die Herstellung einer zweckmäßigen Aufeinanderfolge der Processe, die Sorge dafür, daß zwischen zwei bereits anhängigen Processen keine Verwirrung entstehe, sondern einer nach dem andern, je nachdem es am schicklichsten ist, zum Urtheil verstellt werde, das liegt im Interesse der Proceßleitung, welche das Gericht von Amtswegen, unabhängig von Anträgen der Parteien auszuüben befugt und verpflichtet ist. Von einer Einrede, einer exceptio praejudicii, ist denn auch in l. 54 de jud. gar nicht die Rede. Sie müßte präsumirt werden. Und hierzu berechtigt an und für sich nichts. Das Verbot lautet absolut und die Stelle gehört weder der Inscription noch der Titelrubrik nach der Exceptionenlehre an. Sie befindet sich in demjenigen Digestentitel, welcher der ordinatio judicii, dem lediglich der cognitio des magistratus vorbehaltenen Vorbereitungsverfahren gewidmet ist: in demselben Titel, in welchem z. B. die im vorhergehenden Capitel erörterte Competenzprüfung abgehandelt wird.

Digitized by Google

Dafür, daß einem praejudicium durch eine Einrede vorgebeugt werden müsse, sprechen innere Gründe nur in den in l. 54 cit. gar nicht berührten Ausnahmsfällen, in denen ein praejudicium für die Zukunft — in dem vorhin erörterten Sinne — verhütet werden darf. Hier steht nicht so wie dort eine reine Proceßleitungsmaßregel in Frage. Es ist nicht Sache des Gerichts, für Processe Vorsorge zu treffen, die noch in einer ungewissen Zukunft liegen: von denen es noch nicht einmal weiß, ob sie je angestellt werden. Es kann dem Gericht nicht zugemuthet werden, von Amtswegen auf Ansprüche Rücksicht zu nehmen, über die es noch gar nicht von den Parteien Kenntniß erhalten hat. Liegt es im Interesse einer Partei, daß auf einen solchen Anspruch reflektirt werde, so mag sie das Gericht deßhalb interpelliren. Daß es dem Beklagten anheimgestellt bleiben muß, wegen eines solchen praejudicium Einspruch zu erheben, wird auch noch deßhalb plausibel, weil es sich hier um Ausnahmsfälle handelt, nicht, wie bei der Concurrenz zweier gleichzeitigen Processe, um eine allgemein durchzuführende Regel.

Die Erörterung der beiden vorangeschickten Fragen hat den Weg zu der Darlegung der Ansicht gebahnt, welche betreffs der exceptio praejudicii und der andern zur Verhütung von Präjudicien vorhandenen, mit jener exceptio keineswegs identischen Maßregeln im Folgenden näher begründet werden soll.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.

Das Präjudicialdekret und die Präjudicialeinreden.

Unterscheidung zwischen anhängigen und erst in der Zukunft möglichen wichtigeren Processen. — 1) Ein allgemeines Präjudicirungsverbot nur im Interesse anhängiger Processe. — Durchführung von Amtswegen, vermittelst der praetoria cognitio. — Präjudicialdekret. — 2) Ein Präjudicirungsverbot im Interesse zukünftiger Processe nur ausnahmsweise — auf Einspruch des Beklagten — exceptio praejudicii. — Bestätigung dieses Gegensatzes in den Quellen.

Die Regel, daß ein Präjudiciren verhindert werden solle, hat zwei verschiedene Beziehungen und Bedeutungen.

Es ist zu unterscheiden:

1) dasjenige praejudicium, welches aus einem Proceß für einen andern bereits ebenfalls anhängigen Proceß und
2) dasjenige praejudicium, welches aus einem Proceß für einen andern noch gar nicht angestellten, sondern erst in der Zukunft möglichen Proceß erwächst.

Beide Arten von praejudicia fallen völlig auseinander. Jedes bildet ein besonderes Rechtsinstitut. Für jedes besteht ein besonderes processualisches Rechtsmittel.

Das praejudicium der ersten Art liegt gänzlich außerhalb des Bereiches der Präjudicialeinrede. Hier griff im römischen Proceß lediglich die praetoria cognitio Platz. Wenn zwei verwandte Ansprüche zu gleicher Zeit zur gerichtlichen Verhandlung standen, so hatte der magistratus nicht erst eine Einwendung des Beklagten abzuwarten, sondern schon von Amtswegen einzuschreiten, um

Digitized by Google

eine zweckmäßige Reihenfolge zwischen den beiden Processen herzustellen. Er sistirte von selbst den unwichtigeren Proceß bis zum Austrag des wichtigeren. Auf dieses inhibitorische Dekret des magistratus, — welches im Gegensatz zu der Präjudicialeinrede den Namen „Präjudicialdekret" führen mag — bezieht sich nicht bloß die l. 54 de jud. cit., sondern auch der bei weitem größte Theil der Aussprüche von römischen Juristen, in denen von der Verhinderung eines praejudicium die Rede ist. Daß von zwei verwandten, zu gleicher Zeit schwebenden Processen der wichtigere den Vorrang vor dem unwichtigeren erhält und daß das Gericht vermöge seiner Proceßleitungspflicht hierfür selbst zu sorgen hat, ist ein ganz allgemein gültiger, für alle Fälle richtiger Satz.

Dem praejudicium der zweiten Art dagegen muß durch eine Einrede, die exceptio praejudicii, vorgebeugt werden. Das Gericht hat für einen erst in der Zukunft möglichen Proceß nicht schon von Amtswegen Vorsorge zu treffen. Wünscht der Beklagte, daß einem zukünftigen Proceß nicht präjudicirt, vorgegriffen werde, so hat er die erforderlichen Anträge zu stellen, d. h. dem präjudicirlichen Proceß durch eine Einrede vorzubeugen. Es handelt sich hier lediglich um ein privates Recht des Beklagten. Und zwar um ein Exceptions- oder Ausnahmsrecht im strengsten Sinne des Wortes. Denn diese Befugniß steht dem Beklagten keineswegs regelmäßig zu. Der Satz, daß einem zukünftigen wichtigeren Proceß nicht vorgegriffen werden dürfe, ist kein so allgemein gültiger wie jener, daß von zwei bereits angestellten Processen der wichtigere zuerst abgeurtheilt werden müsse. Gegen das praejudicium, welches bei einem erst bevorstehenden Proceß erwachsen könnte, darf der Beklagte nur in einigen wenigen besonderen Fällen (im Interesse eines Erbschafts- und Grundeigenthumsprocesses) Einspruch erheben.

Digitized by Google

Das Anwendungsgebiet der exceptio praejudicii ist somit eng abgegrenzt: sie findet im Interesse zukünftiger Processe statt („futuri enim judicii, non facti nomine hujusmodi exceptiones comparatae sunt“ [4]) — und auch hier nicht allgemein, sondern nur in jenen Ausnahmsfällen. Nie kann sie im Interesse bereits schwebender Processe zur Anwendung kommen. Daß einem schwebenden Processe nicht präjudicirt werde, m. a. W., daß nicht inzwischen ein anderer unwichtigerer Proceß den Vorsprung gewinne und eher als jener abgeurtheilt werde, dafür ist, wie bemerkt, in anderer und zwar viel umfassenderer Weise gesorgt. Ein derartiges praejudicium wird stets verhindert. Nicht der judex hat hierüber zu befinden. Es ist Sache des magistratus, die nöthigen Vorkehrungen von Amtswegen zu treffen. —

Der Schwerpunkt dieser ganzen Unterscheidung liegt keineswegs in der äußerlichen Verschiedenheit des Verfahrens, wie es sich gerade im römischen Formularproceß darstellte.[5]) Die Hauptsache ist nicht etwa, daß dort der judex, hier der praetor cognoscirte. Diese formelle Differenz war nur eine äußerlich besonders scharf hervortretende Consequenz des tief liegenden inneren Gegensatzes zwischen den beiden Arten von Präjudicialfällen.

---

4) L. 13 de exc. 44, 1, s. unten S. 126.

5) Wie Wetzell S. 811, Anm. 65 meint, während er doch die Unterscheidung selbst für völlig richtig anerkennt. — In der früheren Abhandlung des Verfassers ist dieser Punkt wohl noch nicht entschieden genug betont worden, wie sich denn überhaupt die meisten der hier im 2., 4. u. 5. Abschnitt vorgetragenen Bemerkungen dort noch nicht vorfinden. Die Erfahrung, daß man allgemein über den in der angeführten Dissertation knapper gefaßten Kernpunkt der ganzen Präjudicialtheorie hinweggesehen hat, mußte den Verf. bestimmen, sich in diesem Kapitel überhaupt zu einer weitläufigeren Deduktion, als ihm sonst lieb ist, zu verstehen.

Digitized by Google

Es handelt sich um die Verschiedenheit zweier fast nur durch den Namen verwandter Rechtsinstitute, die ganz unabhängig von den gerade im römischen Formularproceß beobachteten Formalien und durch den Wegfall derselben nicht im mindesten afficirt worden ist. Das Innerliche und Wesentliche jenes Unterschiedes, welches sich in aller Kürze dahin zusammenfassen läßt:

Von einem bereits angestellten Proceß wird ein praejudicium stets und von Amtswegen, von einem zukünftigen Proceß aber nur in Ausnahmsfällen und auf Einspruch des Beklagten abgewendet,

besteht auch h. z. T. noch vollkommen zu Recht. Auf diesem Satz beruht die ganze Lehre von der Reihenfolge mehrerer Processe auch nach heutigem Recht.

Die moderne Proceßwissenschaft hat jenen fundamentalen Unterschied von jeher unbeachtet gelassen. Sie hat es völlig versäumt, das Institut der Präjudicialeinrede und das Institut des Präjudicialdekrets, das praejudicium futuri judicii und das praejudicium pendentis judicii, das Einschreiten auf Antrag des Beklagten und das Einschreiten von Amtswegen von einander zu sondern. Man kennt nur das eine Institut der Präjudicialeinrede und subsumirt darunter auch die völlig heterogenen Fälle eines praejudicium judicii praesentis und des Einschreitens von Amtswegen. Die praktisch empfindlichste und geradezu unerträgliche Consequenz dieses verschwommenen und unrichtigen Präjudicialeinredenbegriffs zeigt sich darin, daß man glaubt, es müsse ganz allgemein und auch von Amtswegen vorgesorgt werden, daß einem zukünftigen wichtigen Proceß nicht durch unwichtigere Processe präjudicirt werde.[6]) —

6) Auf diesem Standpunkt steht auch noch Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten, §. 26—35, 56—63 (namentlich S. 186, 187, 192,

Digitized by Google

Bevor die angedeutete Abgrenzung des Präjudicialdekrets und der Präjudicialeinreden im Einzelnen durchgeführt und nachgewiesen wird, mögen diejenigen Quellen-

---

194—196, 205—220), dem wir doch schon gegenüber der früheren unsäglich verworrenen Präjudicialeinredentheorie einen höchst bedeutenden Fortschritt verdanken. Ueber die frühere Theorie s. z. B. Raevardus, libr. II. de praejudiciis (in opp. Frankof. 1601, p. 815—867), Brackenhöft, die Identität und materielle Connexität der Rechtsverhältnisse, S. 351—463, Bethmann-Hollweg, Versuche S. 123 ff., Zimmern, Geschichte des röm. Privatr. 3 §. 96, Leist, de praejud. in concursu caus. crim. et civilium Goett. 1840, Savigny, System 6 S. 435—437. Damals kam zu der Vermengung von Präjudicialeinrede und Präjudicialdekret noch gar die Verwechselung dieser Begriffe mit den Präjudicialklagen (praejudicia in diesem Sinn) und den im Mittelalter erfundenen Präjudicialpunkten hinzu: ein Wirrsal, aus dem man sich schlechterdings nicht herausfinden konnte. Vergl. die Inauguraldissertation des Verfassers de praejud. formulis Vratislav. 1859, §. 2. — Die Planck'sche Theorie findet sich im wesentlichen auch bei Puchta, Institut. 2 §. 171, Keller, Civilpr. §. 43, Rudorff, Rechtsgesch. 2 §. 33, S. 118, Buchka, Einfluß des Processes 1 S. 309-311, Endemann, Princip der Rechtskraft S. 83—87, 146, Hefftter, System S. 113, Wetzell, System 1. Aufl. S. 705—716 (über einen sehr merkwürdigen, bei jener Theorie aber unvermeidlichen Widerspruch, der sich in dieser Aufl. S. 711 mit Planck S. 218 vorfand, s. Bülow, de praej. excepti. p. 50), genauere Untersuchungen über die exceptio quod praejudicium hereditati non fiat bei Dernburg, Verh. der hered. pet. z. d. Singularkl. 1852. — Inzwischen hat sich nur Renaud, Civilproceßrecht §. 152 S. 401—403, im Anschluß an die Schrift des Verf., von den früheren Irrthümern unumwunden losgesagt. Bethmann-Hollweg, Civilproceß 2 S. 400—403 behauptet wenigstens noch eine generellere Bedeutung der exceptio praejudicii; Wetzell, System, zweite Aufl. S. 811—816 meint, jener für den römischen Formularproceß richtige Unterschied sei, als nur in ihm wurzelnd, mit demselben weggefallen und will diese Aenderung aus l. 12 C. de hered. pet. 3, 31 beweisen (s. darüber unten Abschn. 3, S. 145 ff.), so daß er es für

Digitized by Google

zeugnisse einander gegenüber gestellt werden, in welchen sich der behauptete Gegensatz mit der größten Deutlichkeit ausgesprochen vorfindet.

1.

In l. 7 pr. de hered. pet. (5, 3) erörtert Ulpianus (libr. 14 ad Ed.) den Fall, daß neben einer querela inofficiosi ein liberale judicium angestellt wird, in welchem gerade die Frage, ob der Kläger durch das dort angefochtene Testament die Freiheit erhalten habe, zur Entscheidung kommt. Ulpian meint, mit dem Freiheitsproceß sei inne zu halten, bis die querela inofficiosi erledigt sein werde: der Richter solle die Sentenz über die Freiheit aussetzen, „ne praejudicium de testamento cognituro faciat". Weiterhin (l. 7 §. 1) fügt nun Ulpian noch die Bemerkung hinzu:

„Ita demum sustinentur liberalia judicia, si jam de „inofficioso judicium contestatum est; ce„terum si non contestetur, non exspectantur libe„ralia judicia; et ita Divus Pius rescripsit."

In l. 13 de exc. (44, 1) sagt dagegen Julianus (libr. 50 Dig.):

„Si post litem de hereditate contestatam res singulae „petantur, placet non obstare exceptionem „quod „praejudicium hereditati non fiat;" futuri enim „judicii, non facti nomine hujusmodi ex„ceptiones comparatae sunt."

---

das heutige Recht im wesentlichen bei der früheren mit Planck übereinstimmenden Darstellung beläßt. Uebrigens erkennt er an (S. 815), daß die römischen Grundsätze im modernen Recht keine Aenderung erlitten haben. Unbeachtet hat die gegen die herrschende Lehre vom Verf. geäußerten Zweifel gelassen: Francke, Commentar über den Pandektentitel de hered. pet. Gött. 1864, der noch völlig auf dem alten Standpunkte stehen geblieben ist.

Digitized by Google

In diesen beiden Stellen kommt der Unterschied zwischen Präjudicialdekret und Präjudicialeinrede, zwischen judicium majus praesens und futurum zum klarsten Ausdruck.

Die erste Stelle handelt vom Präjudicialdekret. Ulpian untersucht, wann dieses zulässig sei: in welchen Fällen der magistratus einen Proceß wegen einer Präjudicialgefahr selbst sistiren (sustinere, differre) dürfe.[7] Die zweite Stelle handelt von der exceptio praejudicii. Julian stellt es sich zur Aufgabe, genau anzugeben, in welchen Fällen diese Einrede statthaft sei.[8]

---

7) Daß ein inhibitorisches Dekret des magistratus gemeint ist, geht nicht bloß aus dem Zusammenhang von l. 7 pr. §. 1 cit. selbst, sondern namentlich auch aus den Schlußworten von §. 1 und aus §. 2 ibid. hervor. Hier wird geradezu von einer „praedictio", welche der magistratus wegen dieser Frage an den judex erlassen solle, gesprochen. Gegen die Ansicht, welche Dernburg, Verh. der her. pet. S. 49, 50, 31 von dieser praedictio, als einer dem Kläger zustehenden praescriptio aufgestellt hat, s. die ausführliche Widerlegung bei Bülow, diss. cit. p. 28, 29 not. 65, in Folge deren auch Wetzell seine frühere Zustimmung zu Dernburgs Ansicht zurückgezogen hat.

8) Was Pernice, de ratione quae inter praetorem p. 12, 13 zu diesen beiden Stellen bemerkt, ist irrelevant. Es ist selbstverständlich und vom Verfasser nie bestritten, daß die allgemeine Regel, wonach im Fall der Inhalt einer exceptio vom Kläger zugestanden wurde, die actio verweigert werden mußte, auch auf die exceptio praejudicii und die exceptio rei in judicium deductae Anwendung gefunden hat: daß daher, wenn vor Einleitung der her. pet. die Präjudicialgefahr oder nach derselben die Identität der res in judicium deducta bezüglich der Singularklage inter partes feststand, die letztere kurzweg verweigert wurde. Aber was gibt dieß für die hier in Frage stehende Unterscheidung aus? Ist denn jene denegatio actionis propter exceptionem rei in jud. deductae (cf.

Digitized by Google

Julian gelangt nun bezüglich der Präjudicialeinrede zum gerade entgegengesetzten Resultat von dem, was Ulpian bezüglich des Präjudicialdekrets aufstellt.

Das Präjudicialdekret soll nach l. 7, §. 1 cit. nur unter der Voraussetzung stattfinden, wenn der wichtigere Proceß bereits eingeleitet ist (ita demum sustinentur liberalia judicia, si jam de inofficioso judicium contestatum est). Nach l. 13 de exc. soll dagegen unter dieser Voraussetzung die exceptio praejudicii gerade unzulässig sein: denn diese Art von Einreden beständen nur im Interesse zukünftiger, nicht im Interesse bereits eingeleiteter Processe (futuri enim judicii non facti nomine hujusmodi exceptiones comparatae sunt).

Wir finden also in jenen beiden Stellen die oben aufgestellte Unterscheidung wörtlich bestätigt.

2.

Mit ähnlicher Sicherheit ergiebt sich jener Unterschied aus einem andern Paare von Digestenstellen, deren Vergleichung um deßhalb ganz besonders lehrreich ist, weil in beiden ein Präjudicialverhältniß zwischen eben demselben judicium majus und eben demselben judicium minus, der hereditatis petitio und der actio familiae herciscundae, erörtert wird und doch in der ersten ein Präjudicialdekret, in der zweiten eine Präjudicialeinrede stattfindet. Es zeigt sich nun, daß auch hier der oben hervorgehobene Unterschied obwaltet. Im Falle der ersten Stelle wird das judicium majus, die hered. petitio, zugleich mit dem judicium minus, der actio fam. herciscc., angestellt. In der

---

Dernburg, Verh. der her. pet. S. 55 ff.), gleichbedeutend mit dem sustinere judicium donec de altero judicetur? Vergl. unten Abschnitt 4, Nr. 1. S. 166.

Digitized by Google

zweiten Stelle steht das judicium majus, die hereditatis petitio, erst in einer ungewissen Zukunft bevor.

Die erste jener beiden Stellen ist die l. 51 §. 1 famil. herisc. 10, 2 (Julian. libr. 8 Dig.), die bisher in der Präjudicienlehre auffallender Weise ganz außer Acht gelassen worden ist, — wohl deßhalb, weil sie das Wort praejudicium nicht an der Stirn trägt. Sie lautet:

„Si ego a te hereditatem petere vellem, tu mecum „familiae herciscundae agere, ex causa utrique nostrum „mos gerendus est; nam 1) si ego totam hereditatem „possideo et te ex parte dimidia heredem esse con„fiteor, sed a communione discedere volo, impetrare „debeo familiae herciscundae judicium, quia aliter di„vidi inter nos hereditas non potest. 2) Item si tu „justam causam habes, propter quam per hereditatis „petitionem potius, quam familiae herciscundae judi„cium negotium distrahere velis, tibi quoque per„mittendum erit, hereditatem petere; nam quaedam „veniunt in hereditatis petitionem, quae in familiae „herciscundae judicio non deducuntur; velut si ego „debitor hereditarius sim, judicio familiae herciscundae „non consequeris id, quod defuncto debui, per he„reditatis petitionem consequeris."

Klar ist, daß beide judicia, die hereditatis petitio sowohl wie die actio familiae herciscundae, neben einander angestellt werden sollen: die eine Partei beantragt Ertheilung der ersten, die andere Ertheilung der zweiten Klage. Es ist die Frage, ob der magistratus ihnen beiden willfahren dürfe. Julian entscheidet sich dafür, daß es unter Umständen („ex causa") geschehen könne, so daß sowohl das judicium fam. herc. eingeleitet wird („impetrare debeo familiae herciscundae judicium") als auch die hereditatis petitio ungehindert nebenher zugelassen wird („tibi quoque permittendum erit hereditatem petere").

Digitized by Google

Worin liegt nun der Grund zu einem Zweifel über die gleichzeitige Einleitungsfähigkeit beider Processe? Welches sind jene besonderen Umstände, unter denen er sich erledigt?

Jener Zweifel besteht, wie auf das Deutlichste aus den weitern Erörterungen Julians ersichtlich ist, in der Möglichkeit, daß in beiden Processen dieselbe Frage, die Erbberechtigung der Parteien, zur Entscheidung kommt, also auf diese Weise durch das judicium fam. herc. für das majus judicium der hered. pet. ein praejudicium erwachsen könnte. Julian meint nun, eine solche Gefahr liege doch nicht immer vor: es seien Fälle denkbar, in denen sowohl 1) in dem judicium fam. hercisc. als 2) in der her. pet. die Frage der Erbberechtigung selbst gar nicht zur Verhandlung komme. Er führt für Beides Beispiele an:

ad 1. Man besitzt den Nachlaß selbst, gesteht auch unumwunden zu, daß der Gegner zur Hälfte Miterbe sei: man wünscht nur aus der Gemeinschaft mit ihm herauszukommen. Hier ist das Erbtheilungsverfahren allein angezeigt. Und es liegt kein Grund vor, dasselbe zu hemmen: da die Erbberechtigung selbst nicht in Frage gestellt ist, so kann durch das Auseinandersetzungsverfahren der her. pet. in keiner Beziehung vorgegriffen werden.

ad 2. Es ist aber auch möglich, daß der Gegner die her. petitio in einer Weise anstellt, daß die Erbrechtsfrage ganz unberührt bleibt, z. B. wenn jene Partei, die auf Auseinandersetzung anträgt, Schuldner des Erblassers ist. In diesem Falle ist die her. petitio das geeignete Mittel, um die Erbschaftsschuld beizutreiben, ohne daß die Erbberechtigung irgend wie in Frage gestellt wird.

Hier kommt also auf keiner von beiden Seiten die Erbrechtsfrage zur Verhandlung und Entscheidung. Es fehlt den beiden Processen an einer coincidenten Streitfrage, an einem gemeinsamen Berührungspunkt, d. h. an der aller-

Digitized by Google

ersten Voraussetzung eines Präjudicialnexus. Bei einer solchen sonderbaren Gestaltung des Erbtheilungs- und Erbschaftsprocesses fällt also die bei dem Zusammentreffen beider Processe allerdings gewöhnlich zu vermuthende Präjudicirungsgefahr weg; es liegt ein genügender Grund (justa causa) vor, um beide Processe nebeneinander ihren Weg gehen zu lassen: eine Suspension des Erbtheilungsverfahrens ist unnöthig.

Obgleich es sich also in dieser Stelle sicherlich um die Frage handelt, ob ein praejudicium zu verhindern sei, so ist doch nichts von einer exceptio praejudicii gesagt. Der magistratus hat vielmehr über alle hier einschlagenden, recht complicirten Umstände, namentlich auch über die etwa vorliegenden ausnahmsweisen Verhältnisse von Amtswegen selbst zu cognosciren und diese cognitio vor Ertheilung der Klagen zu absolviren.[9])

Hiernach bedarf es keiner weiteren Ausführung mehr, daß die l. 51 §. 1 cit. den bündigsten Beweis für die von uns an die Spitze gestellte Regel liefert: wenn das judicium majus bereits angestellt ist, erwächst die Präjudicialfrage nicht zu einer Präjudicialeinrede, sondern wird durch die praetoria cognitio, das Präjudicialdekret, erledigt.

Die Beweiskraft dieser Stelle steigert sich aber noch um ein Bedeutendes durch die Vergleichung mit der andern Stelle, die wir glücklicher Weise über einen sehr ähnlichen Präjudicialfall besitzen:

l. 1 §. 1 fam. herc. 10, 2 (Gajus libr. 7 ad ed. prov.):

„Quae quidem actio (sc. familiae herciscundae) ni„hilominus ei quoque ipso jure competit, qui suam

9) Es sind von Julian gerade die entschiedensten Ausdrücke für die praetoria cognitio de danda vel deneganda actione gebraucht: „impetrare judicium", „permittere". Ueber letzteres Wort s. diss. not. 60.

Digitized by Google

„partem non possidet; sed si is, qui possidet, neget, „eum sibi coheredem esse, potest eum excludere „per hanc exceptionem: si in ea re, qua de agitur, „praejudicium hereditati non fiat. — Quodsi possi- „deat eam partem, licet negetur esse coheres, non „nocet talis exceptio; quo fit, ut eo casu ipse judex, „apud quem hoc judicium agitur, cognoscat, an co- „heres sit; nisi enim coheres sit, neque adjudicari „quidquam ei oportet, neque adversarius ei condem- „nandus est."

Auch hier handelt es sich um die Besorgniß, daß durch die actio familiae herciscundae der „hereditas" präjudicirt werde. Dennoch legt sich nicht der magistratus ins Mittel, er suspendirt nicht den Erbtheilungsproceß. Er verweigert nicht, wie nach l. 51 §. 1 eod. zu erwarten wäre, wegen der Präjudicirungsgefahr die Ertheilung des judicium fam. herc., dieser Proceß wird vielmehr eingeleitet, es kommt nur zu einer exceptio praejudicii. Der magistratus läßt sich in keinerlei Prüfung des Präjudicialnexus ein; dieser soll erst vom judex in Betracht gezogen werden, der in Folge dieser, wie jeder andern Einrede, falls sie bewiesen wird, den Proceß nicht etwa zu suspendiren, sondern den Kläger einfach abzuweisen hat.[10])

10) Es mag nebenher darauf aufmerksam gemacht werden, wie sehr, ganz abgesehen von der exceptio selbst, auch die übrigen von Gaius gewählten Ausdrücke auf die Prüfung der ganzen Präjudicialfrage in judicio hinweisen. Im ersten Theil der Stelle heißt es „exceptione excludere". Daß dieser Ausdruck überwiegend von der judiciellen Untersuchung gebraucht wird, geht aus den in diss. cit. not. 26 zusammengestellten Fragmenten hervor, ohne daß geläugnet werden soll, der Prätor habe auch hier, wenn die exceptio zugestanden wurde, die actio ohne weiteres abgeschlagen. Noch deutlicher tritt es aber im zweiten Theil der Stelle hervor, daß die Untersuchung über den Thatbestand des Präjudicialverhältnisses erst in judicio vor sich ging;

Digitized by Google

Wie erklärt sich dieses von Grund aus verschiedene Verfahren? Die Antwort liegt in der Unterscheidung zwischen einem judicium majus praesens s. contestatum und einem judicium majus futurum. In l. 51 §. 1 wurde die hereditatis petitio zugleich mit der actio fam. here. postulirt. In der l. 1 §. 1 wird die actio fam. herc. allein angestellt. Von einer gleichzeitig schwebenden oder auch nur postulirten her. pet. ist nichts gesagt. Ja es könnte hiervon nichts gesagt sein. Denn der Beklagte ist ja Besitzer der Erbschaft, also gar nicht in der Lage eine hered. pet. anzustellen, er hat sie vielmehr abzuwarten. Der Kläger stellt aber eben nicht die hered. pet., sondern die Erbtheilungsklage an: daß er die hered. pet. nicht angestellt hat, wird gerade vom Beklagten durch die exceptio gerügt.

Also auch nach dieser Seite bewährt sich die Regel: wegen eines judicium futurum kommt es zu einer exceptio praejudicii („futuri enim judicii nomine hujusmodi exceptiones comparatae sunt").

---

der judex hat je nach Befund in Folge desselben den Kläger abzuweisen oder Mangels desselben zu condemniren. Auch der Ausdruck „exceptio nocet" ist wieder sehr bezeichnend: s. die l. c. gegebenen Nachweisungen über den röm. Sprachgebrauch, namentlich l. 23 de exc. rei jud. 44, 2 (vergl. dazu Huschke, Gaius Beiträge S. 184, 185). — Dafür, daß sich der Prätor nie mit einer Prüfung des Thatbestandes dieser Art von Präjudicialnexus (bezüglich des futurum judicium) zu befassen hatte, enthält den unwiderleglichen Beweis: l. 25 §. 2 fam. herc.: „Quantum vero ad accipiendum familiae herciscundae judicium, nihil interest, possideat quis hereditatem nec ne." Laut l. 1 §. 1 eod. bildet gerade der Besitz der Erbschaft das Kriterium, ob hier ein Präjudicialnexus vorliegt und somit die exc. praej. Statt hat. Wenn es nun auf dieses Kriterium in jure, („quantum ad accipiendum judicium") nie ankommen soll, so ist damit auch gesagt, daß der Prätor nie über diesen Präjudicialnexus zu befinden hat. Nur die Nichtbeachtung des Un-

Digitized by Google

Sollte auch dieses Zusammentreffen etwa eine Zufälligkeit sein?

Um sich über die Bedeutung dieser vier Stellen und den dort auf das schärfste betonten Unterschied zwischen judicium contestatum und futurum, zwischen Präjudicialdekret und Präjudicialeinrede hinwegsetzen zu dürfen, — wie man von jeher beliebt hat, — müßte man im Stande sein, sehr genaue Beweise dafür zu erbringen, daß jener Unterschied in den übrigen Fällen von den römischen Juristen nicht eingehalten worden sei. Zu einem solchen Beweise hat man aber seither noch nicht einmal einen Anlauf genommen. Jeder Versuch hätte sofort von der Unmöglichkeit überzeugt.

Denn, wie die folgende Uebersicht über alle uns bekannte von der Verhinderung eines praejudicium handelnde Quellenstellen zeigen wird, ist in der That jene Unterscheidung von den römischen Juristen auf das Strengste durchgeführt worden. Zugleich wird die oben aufgestellte weitere Behauptung, daß das Präjudicialdekret ein allgemein, die Präjudicialeinrede nur ein ausnahmsweise zulässiges Rechtsmittel sei, ihre Bestätigung finden.[11])

terschiedes zwischen praetoria und judicialis cognitio hat Keller, semestr. ad Tullium 2 p. 289 not. 10 einen Widerspruch zwischen l. 1 §. 1 und l. 25 §. 2 cit. finden lassen, s. die genaueren Ausführungen bei Bülow l. c. p. 16, 17 not. 36. — Mit l. 1 §. 1 cit. ist namentlich auch l. 1 §. 2 si pars her. 5, 4 zu vergleichen; dort wird in aller Kürze Aehnliches gesagt.

11) Manche genauere Nachweisungen über die im Folgenden aufgeführten einzelnen Quellenstellen finden sich in der angeführten Schrift de praejudicial. exc. — Völlig übergangen sind hier die dort einleitungsweise vorangeschickten Erörterungen des cap. 1 (p. 8—19) und die im cap. 2 p. 19—22 angestellte Revision derjenigen Stellen, in welchen nur im uneigentlichen Sinne von einem praejudicium die Rede ist.

Digitized by Google

Dritter Abschnitt.

Das Präjudicialdekret.

I. Einzelne Anwendungsfälle des Präjudicialdekrets, — 1) zu Gunsten der hereditatis petitio gegenüber dem liberale judicium — der actio fam. herisc. — interd. de tab. exhib. — den Carboniantschen Ediktsfällen — der compromissarischen Verhandlung — den Legats- und Erbschaftsgläubigerklagen? — 2) zu Gunsten des liberale judicium, — 3) der fiskalischen Processe, — 4) der Criminalprocesse.

Die Präjudicialdekrete kommen in den Quellen bei weitem häufiger vor, als die Präjudicialeinreden. Es ist sehr oft und in den mannichfachsten Beziehungen die Rede davon, daß der magistratus von Amtswegen ein judicium minus bis zum Austrage eines judicium majus suspendiren müsse (sustinere — differre judicium, donec alterum finem accipiat), damit letzterem nicht vorgeurtheilt werde (ne praejudicium majori cognitioni fiat). Ueberall aber, wo ein solches Präjudicialdekret erwähnt wird, handelt es sich um ein judicium majus, welches bereits bei Gericht angestellt ist, also um die Reihenfolge zwischen zwei bereits anhängigen Processen.

Die einzelnen uns bekannten Fälle sind folgende:

1. In Rücksicht auf einen Erbschaftsproceß [11a]) (hereditatis petitio, querela inofficiosi) wird

---

11a) Die hered. pet. geht allen andern Processen, ausgenommen den Criminalprocessen, vor, vergl. schol. ad Basil. Heimb. 4 p. 187 Hereditatis petitio quidem omnibus judiciis praejudicat (προκριματίζει); nullum vero ei praejudicat exceptis publicis judiciis. In einer einzigen Stelle scheint das jud. liberale den Vorzug vor der her. pet. zu erhalten: l. 2 C. de ord. cogn. 7, 19. Si de hereditate et de libertate controversia est, prius agi causa libertatis debet. — Hier sind wohl diejenigen Fälle gemeint,

Digitized by Google

a) der Freiheitsproceß (liberale judicium) suspendirt. Wenn im Erbschaftsproceß die libertas zur Entscheidung kommt, muß, vorausgesetzt, daß der Erbschaftsproceß bereits eingeleitet ist, der Freiheitsproceß vorläufig ausgesetzt werden. Dieß ist in der oben angeführten l. 7 pr. §. 1. de hered. pet. (S. 126) gesagt. Das Präjudiciren wird hier durch ein Dekret verhütet. Der magistratus befindet selber darüber, ob eine Präjudicialgefahr vorliegt. Dieß ist auch noch in der Fortsetzung der l. 7 (§. 2) näher ausgeführt, wo der Fall erörtert wird, daß die beiden Processe nicht, wie im Fall des princ. und des §. 1. innerlich zusammenhängen, also ein praejudicium überhaupt nicht zu besorgen ist. Hier soll der magistratus dem liberale judicium freien Lauf lassen: er möge nur den judex vorsichtshalber darauf aufmerksam machen, daß die Parteien nicht etwa doch noch im judicium auf die Erbschaftsfrage zurückkommen dürfen.[11b])

---

wo die libertas nicht erst aus dem Testament abgeleitet wird (wie in l. 7 de her. pet.), sondern vielmehr die Gültigkeit des Testaments von der Freiheit des heres abhängt. Vielleicht ist aber auch nur die Rücksicht auf die Proceßfähigkeit, die vorerst durch den Freiheitsproceß zu constatiren ist, hier maßgebend gewesen. Ueber den Schlußsatz jener const. s. Planck a. a. O. S. 222. — Ueber den Grund des der hered. pet. gewährten Vorranges s. unten Abschnitt 4 Nr. IV. — Auch die querela inoff. test. und die Klage auf Nichtigkeit eines Testaments durften nicht neben einander verhandelt werden. Welche zuerst an die Reihe kommen sollte, hing aber von dem Belieben des Klägers ab: l. 8 §. 12 de inoff. test. 5, 2 cf. l. 14, 16, C. eod. 3, 28, schol. ad Basil. Heimb. 4 p. 34.

11b) Hätte es je bei einer Concurrenz zweier abhängiger Processe zu einer exceptio praejudicii kommen können, so hätte sie sicherlich gerade in dem Fall der l. 7 §. 2 de hered. pet. zur Anwendung gelangen müssen. Denn hier war eben ein causae cognitio, eine tief eindringende Prüfung des Sachverhalts, der Frage, ob ein praejudicium zu besorgen sei, erforderlich. Daß diese Frage im vorliegenden Falle

Digitized by Google

b) Daß der magistratus darüber zu befinden hat, ob das familiae herciscundae judicium gleichzeitig mit der hereditatis petitio eingeleitet und verhandelt werden darf oder ob es wegen der Gefahr eines praejudicium vorläufig sistirt werden soll, besagt die oben bereits genau erörterte l. 51 §. 1. fam. hercisc. 10, 12 (S. 129).

c) Auch das interdictum de tabulis exhibendis wird nicht ertheilt, so lange ein damit zusammenhängender Erbschaftsproceß anhängig ist.

l. 5 de tabulis exhib. 43, 5. (Javolenus libr. 13 ex Cassio). „De tabulis proferendis interdictum com-„petere[11c]) non oportet, si hereditatis controversia

eine sehr zweifelhafte war, ist doch aus der Bevorwortung (praedictio), die der magistratus dem liberale judicium mit auf den Weg geben sollte, ersichtlich. Hier wäre jene Voraussetzung, unter der nach Planck §. 29 S. 208 auch bei gleichzeitig schwebenden Processen eine exceptio geboten sein sollte, in dem irgend denkbaren Maße eingetroffen: „daß der Zusammenhang nicht sogleich in jure klar gemacht werden, vielmehr erst in der Verhandlung vor dem judex sich herausstellen konnte". Ulpian denkt aber nicht einmal an die Möglichkeit einer exceptio praejudicii, geschweige denn, daß er sie hier für statthaft erklärt. — Es ist durch nichts, als durch die völlige Unkenntniß von der selbstständigen Bedeutung des Präjudicialdekrets gerechtfertigt, daß man allgemein, s. z. B. auch Briegleb, summ. Proc. S. 269, annimmt, Ulpian spreche in l. 7 cit. von der exceptio praejudicii (vergl. Bülow, diss. cit. p. 28 n. 65). Auch der neueste Commentator dieser Stelle, Francke a. a. O. S. 123, 125 trägt wieder die exceptio praejudicii willkürlich in diese Stelle hinein. — Beachtenswerth ist, daß sich auch in den ausführlichen Basilikenscholien zu l. 7 cit. (Heimb. IV. p. 188—192) kein Wort von einer exceptio praejudicii findet, wie es doch der Fall sein müßte, wenn Wetzell's Meinung, daß im Justinianischen Recht die exceptio praejudicii auch bei gleichzeitiger Concurrenz eingetreten sei, begründet wäre.

11c) Offenbar ist hier eine Verweigerung des Interdikts durch den magistratus gemeint. Ueber diese Bedeutung von „competit" s. Bülow l. c. not. 26, l. 23 de exc. rei jud.

Digitized by Google

„ex his pendet, aut si ad publicam quaestionem „pertinet; itaque in aede sacra interim deponendae „sunt aut apud virum idoneum."

d) Einer großen Zahl der verschiedenartigsten Processe, die in Rücksicht auf eine bereits in der Vorbereitung begriffene hereditatis petitio vorläufig durch prätorisches Dekret suspendirt werden, geschieht in dem Titel der Digesten de Carboniano edicto (37, 10) Erwähnung. In Folge dieses Edikts werden nicht bloß die hereditatis petitio selbst und die darin liegende status controversia bezüglich eines impubes bis zu dessen Mündigkeit aufgeschoben [12]), sondern auch alle übrigen Processe, in denen jene Statusfrage nebenher zur Erörterung und Entscheidung kommen müßte [13]), z. B. Statusprocesse anderer Personen [14]), andere Erbschaftsprocesse [15]), Legats-, Fideicommiß-, [16]) ja selbst Criminalprocesse. [17]) Der Aufschub aller dieser Processe wird auf den Grund zurückgeführt, daß für den impubes kein praejudicium erwachsen dürfe. [18])

---

12) S. hierüber Bülow l. c. p. 21, 22.

13) L. 7 §. 1 de ventre in poss. (37, 9): „placet omnes controversias, quae quasi status controversiam continent, in tempus pubertatis differri". L. 20 de inoff. test (5, 2): „toties enim ea (sc. Carboniana bonorum possessio) indulgenda est — ut interim et possideat et alatur et actionibus praejudicium non patiatur".

14) L. 3 §. 8 (ähnlich Paulus Sent. III. 1, §. 1) §. 10 §. 11 de Carb. ed. (37,10). — In §. 11 wird ein ähnlicher Fall wie in l. 7 de her. pet. behandelt.

15) L. 7 §. 7 h. t.

16) L. 3 §. 1 h. t.

17) L. 1 §. 11, l. 2, l. 3 §. 6, l. 13 h. t. l. 8 de ventre (37, 9).

18) L. 20 de inoff. 5, 2 cit., l. 8 de ventre (37, 9), l. 3 §. 8 §. 11, l. 13 h. t.

Digitized by Google

Das judicium majus, deſſentwegen alle dieſe Suspenſionen ſtattfanden, war durchweg die hereditatis petitio. Denn wenn es dabei auch im tieferen Grunde auf einen Streit über den status des impubes ankam, ſo bildete dieſer Streit hier doch immer nur einen Incidentpunkt des Erbſchaftsſtreites, um den es ſich principaliter handelte: denn nur wo eine wirkliche hered. pet. in Frage ſtand, waren jene Suspenſionen geboten; wenn dem Mündel keine hered. pet., ſondern bloß ein ſelbſtſtändiger Statusproceß bevorſtand, ſollten die übrigen Proceſſe deßhalb keinen Aufſchub erfahren.[19]) — Es frägt ſich nur noch, ob auch in dieſen Fällen die oben aufgeſtellte Regel zutrifft. Eine exceptio praejudicii kommt hier nie zum Vorſchein,[20]) es iſt in allen jenen ſo zahlreichen Stellen ſtets ein „sustinere", differre" der nebenläufigen Proceſſe durch den magistratus vorgeſchrieben und es wird wiederholt hervor-

19) L. 3 §. 2, l. 6 §. 3 h. t., vergl. l. 4 C. de act. hered. 4, 16 und über die Bedeutung der status controversia als einer bloßen Incidentfrage: l. 1 §. 10, l. 3 §. 2 §. 7 de Carb. ed. 37, 10 („si neget eum filium idcircoque ad se totam hereditatem — pertinere"). §. 13 (petat directa actione quasi heres, ut ea petitione judicari possit, an quasi ex liberis heres sit); l. 1 §. 11, l. 6 §. 3, 6 eod., l. 1, 2 C. de ord. jud. (3, 8); ſ. Bülow de praej. formulis p. 18, p. 43. Bethmann-Hollweg, Civilproceß 2 S. 943 A. 97 iſt zwar in dieſem Punkte anderer Anſicht. Die Differenz trägt aber für unſer thema probandi nichts aus: es würde ſich nur um einen ganz ähnlichen Fall des Präjudiciums gegenüber dem majus judicium über den Status anſtatt über das Erbrecht handeln, alſo dieſer Fall unter die unten ad 2 aufgeführten gehören. Einen Fall, in dem überhaupt kein praejudicium zu beſorgen iſt, ſ. in l. 5 §. 1 h. t.; ſonſtige dilationes: l. 7 §. 2 de jure delib. 28, 8.

20) Wie man wieder unrichtiger Weiſe ganz allgemein annimmt, ſ. z. B. Planck, §. 29 S. 210 A. 19, Zimmern, Rechtsgeſch. 3 S. 300 A. 16, Rudorff, Rechtsgeſch. 2 S. 118 A. 27.

Digitized by Google

gehoben, daß diese Suspensionen lediglich von Amtswegen, also nicht erst auf Antrag des Beklagten erfolgen müssen.[21]) Aber auch die andere Seite der Regel trifft vollkommen zu: es handelt sich um ein bereits vor Gericht gebrachtes judicium majus, also um die Concurrenz zweier wirklicher Processe. Denn wenn auch in jenen Fällen die Klage über die Erbschaft noch nicht bis zur Litiscontestation gediehen ist, so ist sie doch zur Zeit, wo das judicium minus postulirt wird, bereits ebenfalls postulirt und vorbereitet. Wenn dem pupillus nicht in der That die Erbschaft bereits gerichtlich streitig gemacht ist, so findet weder das edictum Carbonianum noch irgend eine Suspension von Processen statt.[22]) Die Anstellung der her. pet. ist eine so unerläßliche Vorbedingung, daß der praetor sogar schon vorläufig über die Zulassung dieser Klage befunden haben muß[23]) und wenn er sie bis auf weiteres vertagt hat, doch als nothwendig hingestellt wird, daß der pupillus, sobald er mündig geworden, den Erbschaftsproceß durchführen müsse.[24]) Daß es hier noch nicht zu einer Litiscontestation im judicium majus gekommen zu sein brauchte, erklärt sich aus dem eigenthümlichen Zwecke des edictum Carbonianum. Die Haupttendenz desselben war es gerade, diesen Hauptproceß bis zur Pubertät des Kindes aufzuschieben; mit ihm zugleich mußten dann auch die damit zusammenhängenden Nebenprocesse ruhen, damit jenem nicht präjudicirt würde. Auch ist mit unserer Regel noch gar nicht gesagt, daß der Hauptproceß schon bis zur Litiscontestation gediehen sein müßte, damit das

21) S. namentlich l. 1 §. 11, l. 3 §. 5 §. 10, l. 13 h. t.

22) L. 1 pr. §. 10, l. 3 §. 5 §. 7, l. 7 §. 7, l. 13 und sonst in d. Titel de Carb. ed.

23) L. 3 §. 5 h. t.

24) L. 6 §. 6, l. 14 h. t.

Digitized by Google

Präjudicialdekret eingreifen könne. Es genügt die Klaganstellung.

e) Von dem Aufschieben einer compromissarischen Verhandlung und Entscheidung im Interesse des Erbschaftsstreits handelt

l. 32 §. 10 de receptis 4, 8 (Paul. libr. 13 ad Ed.):

„Si is faciat controversiam hereditatis, qui cum „defuncto compromiserat, futurum est praejudicium „hereditati, si arbiter sententiam dicat; ergo interea „inhibendus est arbiter."

Auch hier wird keiner exceptio praejudicii gedacht, der magistratus hat ein inhibitorisches Dekret zu erlassen. Nicht ebenso unzweifelhaft ist es freilich, ob hier auch die hereditatis petitio bereits angestellt ist. Aus der Stelle selbst ist hierüber nichts Gewisses zu entnehmen und insofern würde der Annahme, es sei eine bereits anhängige controversia hereditatis gemeint, nicht das Mindeste entgegen stehen. Auch legt das „interea inhibere" sowie das „controversiam facere" diese Vermuthung nahe.[25]) Andererseits darf jedoch nicht verschwiegen werden, daß „controversia hereditatis" nicht immer einen bereits gerichtlich anhängigen Erbschaftsstreit bedeutet[26]) und daß das „hereditati praejudicium fieri" sonst (in der formula der exceptio praejudicii) auf einen erst möglicherweise bevorstehenden Erbschaftsproceß hindeutet. Aber auch wenn man sich hiernach zu der Ansicht, es sei ein futurum judicium de hereditate gemeint, entscheiden wollte,

25) Auch die Basilikenscholie (Heimb. 1 p. 259) verweist bezüglich dieses Präjudicialfalls auf die Erörterung zu l. 3 u. l. 5 D. de her. pet. (Heimb. 4 p. 185—187), wo von einer bereits eingeleiteten her. pet. und einem Präjudicialdekret gehandelt wird.

26) S. diss. cit. not. 57. In l. 4 pr. si cui plus 35, 3 heißt es von einem noch nicht anhängigen Proceß: „nondum illata controversia litis".

Digitized by Google

würde die l. 32 §. 10 de rec. cit. zwar ihre Beweiskraft für unsere Regel verlieren, aber deßhalb noch nichts dagegen beweisen. Unter jener Voraussetzung würde sie für unsere Frage nur indifferent sein. Denn man dürfte nicht etwa daran Anstoß nehmen, daß hier, bei einem judicium majus futurum, doch nicht eine exceptio praejudicii eingetreten sei. Es liegt ja hier — bei dem Verfahren vor dem arbiter — keine Verhandlung, keine formula vor, in welcher eine exceptio hätte Platz finden können. Der magistratus wäre schlechterdings, aus rein formellen Gründen,[27]) außer Stande gewesen, eine exceptio praejudicii zu ertheilen.

f) Des öfteren wird in den Quellen davon gesprochen, daß während der Dauer des Erbschaftsprocesses diejenigen Processe, welche die eine oder andere der beiden Parteien mit Legataren und Erbschaftsschuldnern zu führen hat, bis zur Beendigung des Erbschaftsprocesses suspendirt werden sollen.[28]) Die Vermuthung liegt nahe, daß der Grund dieser Suspensionen in der Gefahr des Präjudi-

---

27) Gegen Dernburg's Interpretation dieser Stelle s. diss. cit. p. 39, 40 not. 122.

28) Vergl. hierüber namentlich Dernburg a. a. O. §. 10, 11 S. 105 bis 121, wo gegenüber der früheren Theorie bereits nachgewiesen ist, daß in diesen Fällen eine exceptio praejudicii nicht eintritt. Daß die „exceptio" der l. 49 de her. pet. nicht die exceptio praejudicii ist, darüber s. insbesondere die überzeugende Deduktion bei Dernburg S. 119, 120. Vergl. auch l. 27 §. 2 de legat. III., l. 4 §. 1 si cui plus 35, 3. Beistimmend z. B. Arndts Pand. §. 534, Bangerow, Pand. 2, §. 508 S. 353—358, siebente Aufl. ebenso Francke, Commentar S. 79—107, S. 374—378. — Es muß aber, wie oben gezeigt wird, noch weiter gegangen werden und auch das Präjudicialdekret für diese Fälle in Abrede gestellt werden. — Völlig unrichtig Endemann, das Princip der Rechtskraft S. 84, 85.

Digitized by Google

cirens liege. Da es sich um ein bereits anhängiges judicium majus und um eine praetoria cognitio de differenda lite minore handelt, so würde hierin auch keinerlei Widerspruch gegen unsere Regel, sondern nur eine neue Bestätigung zu finden sein.

Schärfer betrachtet, weisen sich aber diese Suspensionen nicht als Präjudicialdekrete aus. Die Processe mit Legataren und Erbschaftsschuldnern werden nicht deßhalb sistirt, weil ein Präjudiciren zu besorgen ist, sondern aus einem andern Grunde.

Wenn einer der beiden Erbschaftsprätendenten von einem Legatar belangt wird, so würde er, falls er in diesem Proceß zur Zahlung verurtheilt wird, hinterher aber im Erbschaftsproceß unterliegt, zu Schaden kommen. Deßhalb kann er von dem Legatar eine cautio de restituendo verlangen, ehe er sich auf einen Proceß mit ihm einläßt.[29]). Dagegen muß er aber auch, wenn er die Erbschaftsschuldner verklagen will, sie gegen die Gefahr doppelter Verurtheilung sicher stellen, indem er die Defensive in dem Proceß, der etwa späterhin von dem wahren Erben gegen sie angestrengt werden sollte, gewährleistet.[30])

Wenn nun, aber auch nur wenn diese Sicherheitsleistungen verweigert werden, soll der magistratus den Proceß sistiren und die Klage vorläufig noch verweigern. Diese Suspension ist also nur ein Mittel, um das Interesse des Erbprätendenten beziehungsweise Erbschafts-

29) L. 3 §. 6, l. 4 pr. §. 2, 3, l. 8 si cui plus 35, 3, l. 41 ad leg. Falc. 35, 2, l. 9 C. de legat. 6, 37.

30) L. 1 §. 37 depos. 16, 3, l. 49 de her. pet., vergl. l. 57 de hered. pet. 5, 3, Francke S. 106, 107 (übereinstimmend mit diss. cit. p. 31), S. 374 ff. S. 404 ff.

Digitized by Google

schuldners zu wahren,[31]) nicht um ein Präjudiciren zu verhindern. Wäre letzteres der Fall gewesen, so hätten die Nebenprocesse stets suspendirt werden müssen, gleichviel ob die Caution bestellt wurde oder nicht; denn durch die Caution hätte doch an der Wahrheit des Umstandes, „quod ea quaestio in judicium deducitur, quae ex parte communis est quaestioni de re majori" nichts geändert werden können.

Daher ist denn auch in keiner der hier einschlagenden Digestenstellen von einem praejudicium, geschweige denn gar von einer exceptio praejudicii irgend etwas erwähnt.

Klagen der Erbschaftsgläubiger gegen den Erbprätendenten werden aber überhaupt nicht, selbst wenn keine Caution bestellt wird, suspendirt.[32])

Bei den Klagen des Legatars oder des Erbschaftsgläubigers gegen den Erbprätendenten kann auch schon aus einem andern Grunde weder von einem Präjudicialdekret noch einer Präjudicialeinrede gesprochen werden. Es liegt hier nämlich überhaupt keine Möglichkeit des Präjudicirens vor. Ein Präjudiciren kann doch immer nur eintreten, wenn in beiden Processen dieselbe Streitfrage verhandelt und entschieden wird. Ein solcher Zusammenhang zwischen den Legats- und Erbschaftsschuldklagen einer- und der her-

31) Vergl. Bähr in Gerber u. Jhering's Jahrb. 1 S. 450—457.

32) L. 4 §. 1 D. si cui plus 35, 3, l. 12 §. 1 C. de her. pet. 3, 31 (Schol. ad Basil. Heimb. 4 p. 242), Dernburg a. a. O. S. 108, 109, Francke a. a. O. S. 105, 106. — Einen sehr entschiedenen Beweis für die Statthaftigkeit dieser Klagen gibt die bisher für das Gegentheil angeführte l. 6 §. 1 de interrog. in jure 11, 1. Hier wird als selbstverständlich vorausgesetzt, daß der in der hered. pet. begriffene Erbprätendent überhaupt vom Gläubiger verklagt werden könne; nur die responsio auf die interrogatio über sein Erbrecht darf er hier ausnahmsweise ablehnen; hätte er überhaupt nicht verklagt werden können, so wäre jene Ausnahme widersinnig.

Digitized by Google

pet. andererseits besteht aber nicht. Bei oberflächlicher Betrachtung neigt man vielleicht zu der Annahme, daß in beiden Processen die Frage, ob der Erbschaftsprätendent wirklich Erbe sei, zur Entscheidung käme.[33]) Dieß ist aber in Wahrheit gar nicht der Fall. In der her. pet. freilich wird dem Erbprätendenten das Erbrecht vom Gegner bestritten. In dem Schuld- und Vermächtnißproceß dagegen herrscht über diesen Punkt zwischen beiden Parteien das beste Einverständniß: das Erbrecht, welches der beklagte Erbprätendent behauptet und eben im Erbschaftsproceß nachzuweisen bemüht ist, bildet ja den Grund, auf den hin der Kläger ihn in dem Nebenproceß in Anspruch nimmt.

Es liegt also keine quaestio quae communis est quaestioni de re majore vor; daher fehlt es an jedem Präjudicialzusammenhange. Diese Fälle gehören gar nicht in die Präjudicienlehre.

Dazu, daß sie gleichwohl immer noch hier hineingezogen werden, scheint lediglich eine Aeußerung Justinian's in l. 12 C. de her. pet. 3, 31 Veranlassung gegeben zu haben. Aus dieser Stelle hat auch Wetzell ein — und zwar im wesentlichen das einzige — Argument gegen die ganze Theorie des Verfassers von dem Unterschiede zwischen Präjudicialdekret und -einrede, zwischen dem praejudicium quod futuro und dem quod praesenti judicio fiat, entnehmen und folgern zu können geglaubt, daß jener für den Formularproceß wohlbegründete Unterschied im Justinianischen Processe weggefallen sei.[34])

Justinian beginnt jene constitutio mit einer Erwähnung der exceptio praejudicii:

---

33) Wie noch der Verf. selbst in der früheren Schrift p. 32 zugeben zu müssen glaubte.

34) Wetzell, System, 2. Aufl. S. 811, Anm. 65.

Digitized by Google

„Quum hereditatis petitioni locus fuerat, exceptio „assumebatur, quae tuebatur hereditatis petitionem, „ne fieret ei praejudicium. Magnitudo etenim „et auctoritas centumviralis judicii non patiebatur „per alios tramites viam hereditatis petitionis in„fringi.“

Er gedenkt hierauf des controverſen Zuſtandes dieſer Lehre, dem er ein Ende machen wolle, und kommt ſodann auf den Fall zu ſprechen, daß ein Erbſchaftsprätendent, während die hereditatis petitio bereits ſchwebe oder doch in naher Ausſicht ſtehe, von Erbſchaftsgläubigern oder Legataren belangt werde.

„Quumque multae varietates et controversiae ve„terum exortae sint, eas certo fine concludentes „sancimus, si quis hereditatis petitionem vel susce„perit vel suscipere sperat vel movere, alius autem „superveniens vel ex deposito, vel ex commodato, „vel ex legato vel ex fideicommisso vel ex aliis „causis inquietare vel reum vel agentem ex persona „defuncti crediderit sibi esse necessarium, si quidem „pro legato vel fideicommisso hoc faciat, rem expe„ditae esse quaestionis quum possit scriptus heres „cautione interposita non differre hanc petitio„nem, etc.“

Wie ſchon Dernburg des genaueren entwickelt hat,[35]) wiederholt Juſtinian mit dieſen Worten und auch in dem weiteren Verlauf der Stelle[36]) nur eben daſſelbe, was ſchon in den Digeſten enthalten und von uns oben beſprochen iſt: der Legatar darf gegen Caution ohne jeden

35) A. a. O. S. 111—113.

36) Abgeſehen von dem für unſere Frage indifferenten §. 2 bezüglich der Freilaſſungen vergl. hierüber Dernburg S. 113.

Digitized by Google

Aufenthalt klagen, der Erbschaftsgläubiger stets auch ohne Caution zu erlegen.

Worin besteht nun die angebliche Neuerung des Justinianischen Rechts? Welche Bestimmung der l. 12 C. cit. berechtigt uns zu der Annahme, den tiefen innerlichen Unterschied zwischen dem praejudicium futuri und praesentis judicii dadurch für aufgehoben zu erachten?

Der dispositive Inhalt der l. 12 bietet in keiner Beziehung etwas Neues. Gerade so wie früher wird weder eine exceptio praejudicii noch überhaupt irgend eine Maßregel behufs Verhütung eines praejudicium für statthaft erklärt. Können wir aber der lediglich einleitungsweisen Erwähnung der exc. praej. eine reformatorische Bedeutung beimessen? Wetzell wagt es, so wenig auch die Relevanz seiner Deduktion einleuchtend ist. Er meint, die Aufhebung des früheren Unterschiedes zwischen Präjudicialeinrede und Präjudicialdekret, also auch der Beschränkung der exceptio praejudicii auf die in den Digesten erwähnten Fälle, gehe daraus hervor, daß die l. 12 cit. der exc. praejud. „als eines der Vergangenheit angehörigen Rechtsmittels Erwähnung thut und dann im Folgenden für den Fall „si quis hereditatis petitionem vel susceperit vel suscipere sperat vel movere" Anordnungen trifft, bei welchen sie die exc. quod praejud. her. non fiat gänzlich mit Stillschweigen übergeht".

Uns scheint diese Argumentation nicht sowohl gegen, als für unsere Theorie, und zwar in sehr überzeugender Weise, zu sprechen. Daß Justinian bei der Concurrenz zweier anhängiger Processe „die exc. praejud. gänzlich mit Stillschweigen übergeht", ist völlig correkt im Sinne unserer Regel. Denn laut derselben darf eben in solchem Falle von einer exceptio praejudicii gar nicht die Rede sein. Indem Justinian von ihr schwieg und sie als unzulässig

Digitized by Google

voraussetzt, hat er nur die unveränderte Fortdauer unserer Regel anerkannt.[36a])

So bliebe denn nur noch das — von Wetzell gerade nicht geltend gemachte — Bedenken übrig, daß Justinian es doch in der Einleitung für angemessen erachtet hat, von der exc. praejudicii zu sprechen, und dadurch die Vermuthung erweckt, als ob sie in den nachfolgenden Fällen wenigstens früher von mancher Seite für statthaft gehalten worden sei. Was nun zunächst die Angemessenheit Justinianischer prooemia anlangt, so wird wohl zugestanden werden, daß man auf diese keine Schlüsse bauen darf. Diese Schlüsse selbst aber würden durch die uns vorliegenden Quellenzeugnisse nicht bestätigt werden, und selbst wenn es der Fall wäre, würde wieder dieser Umstand nur einen Beweis gegen Wetzell abgeben. Es ginge daraus hervor, daß während früher unsere Regel noch bestritten gewesen, sie im Justinianischen Recht entschieden durchgeführt worden wäre! Wir möchten aber dieses vom Gegner dargereichte Argument nicht zu sehr betonen. Jene Bemerkungen Justinian's über die exceptio praejudicii tragen unverkennbar den Stempel eines etwas weit hergeholten, zum Ausputz und zur pomphaften Illustration der gesetzgeberischen Wohlthaten und juristischen Kenntnisse des Gesetzgebers bestimmten gelehrten Citates. Jedenfalls haben die rein theoretischen Ansichten und Berichte Justinian's für uns nichts Verbindliches. Daß aber Justinian Veranlassung hatte, diese ganze schwierige Lehre für eine dunkle und zweifelhafte zu halten: daß ihm, nachdem längst der formelle Unterschied zwischen praetoria und judicialis cog-

36a) Daß auch in dem Falle „si quis her. petitionem suscipere vel movere sperat" den Schuld- und Legatsklagen schon nach früherem Recht keine exceptio praejud. entgegentreten konnte, ergibt sich aus den Erörterungen in Abschnitt 5 Nr. II. a.

Digitized by Google

nitio verwischt war, vielleicht der zu Grunde liegende innere Unterschied unklar vorgekommen ist, das dürfte nicht im mindesten zu verwundern sein, wenn wir bedenken, wie sehr man noch fortwährend bis auf den heutigen Tag, trotz aller wissenschaftlichen Hülfsmittel, über eben diese Lehre im Unklaren geblieben ist und davon, daß überhaupt jener Unterschied existirt, nicht einmal eine Ahnung gehabt hat!

2. Ein anderer häufiger Anwendungsfall des Präjudicialdekrets bezieht sich auf den Freiheitsproceß (liberalis causa, liberale judicium).[37]) Es wird uns wiederholt berichtet, daß, so lange der Freiheitsproceß schwebt (post ordinatum liberale judicium), alle übrigen Processe[38]) mit dem angeblichen Sklaven bis zur Entscheidung des Freiheitsprocesses sistirt werden müssen. Und dieß gilt nicht bloß von solchen Processen, die zwischen dem angeblichen dominus und servus selbst,[39]) sondern auch von den-

37) Näheres hierüber in diss. cit. p. 34—37.

38) Ausgenommen die her. petitio und die Criminalprocesse, s. oben Note 11a.

39) L. 24 pr. §. 3 de lib. ca. (40, 12), l. 31 C. de lib. causa (7, 16), l. 1, 4, 6, 7 de ordine cog. (7, 19). L. 10 C. de injur. (Bland S. 221 not. 4) gehört nicht hierher. S. dagegen noch folgende in der früheren Schrift übergangene Stellen: l. 1 §. 21 de vi 43, 16, „Si adversus eum, qui in libertatem ex servitute vel contra petitur, post inchoatum liberale judicium utar interdicto, et liber judicatus fuerit — in possessionem restituar". — l. 2 §. 7 de hom. lib. exhib. 43, 29. „Plane si dubitat utrum liber an servus sit, vel facit status controversiam, recedendum erit ab hoc interdicto, etenim recte placuit, tunc demum hoc interdictum locum habere, quoties quis pro certo liber est. — Ceterum si quaeratur de statu, non oportet praejudicium fieri alienae cognitioni." Die Interpretation der letzteren Stelle hat, wenn auch nicht für die Entscheidung der vorliegenden Frage, so doch ihrem allgemeinen Sinne nach,

Digitized by Google

jenigen, welche zwischen dem letzteren und dritten Personen stattfinden.[40]) Denn überall bildet die Freiheitsfrage die Voraussetzung, über die man zuerst ins Klare kommen muß.

Dieser Aufschub war hier, wo es sich um die Grundbedingung alles Rechts handelte, besonders dringend geboten. Nur auf diese Weise konnten die schlimmsten Unzuträglichkeiten und Verwirrungen verhütet werden, welche durch einen Widerspruch der beiden Urtheile herbeigeführt werden mußten. Namentlich ist auch in Betracht zu ziehen, daß dem Urtheil im Freiheitsproceß eine absolute, selbst Dritten gegenüber wirkende Rechtskraft zukam.[41]) Erst

---

einige Schwierigkeit. Mir scheint der Gedankengang folgender zu sein. In der ersten Hälfte (Plane — liber est) gibt Ulpian dem Kläger den Rath, wenn der retinirende Gegner die Freiheit des homo retentus in Zweifel ziehe, oder gar einen Statusproceß anstelle, lieber von dem Interdikt abzustehen; denn das Interdikt treffe nur dann zu, wenn die Freiheit des homo retentus für gewiß gilt (nämlich der Zweifel an der libertas des Retinirten würde den dolus malus, auf welchem der Interdiktsanspruch beruht [l. 1 h. t.] ausschließen: der Retinirende würde in gutem Glauben sein, also nicht verurtheilt werden können). Im Schlußsatz wird dann noch bemerkt: wenn wirklich ein Statusproceß angestellt werde, so sei übrigens der Interdiktsproceß schon aus formellen Gründen wegen der Präjudicirungsgefahr unstatthaft; es dürfe jenem Proceß nicht vorgegriffen werden. — Außer Beziehung zur Präjudicienlehre steht l. 8 §. 2 ratam rem 46, 8; hier handelt es sich nicht um die Unzulässigkeit des Processes, sondern um eine Vorbedingung für die Begründung des Klagrechts (stipulatio commissa).

40) L. 24 §. 4 de lib. causa (40, 2), l. 42 pr. de noxal act. (9, 4), 3, 5 C. de ord. cogn. (7, 19); cf. l. 14 pr. de interrog. (11, 1). Ueber l. 23 § 2 de lib. ca. vergl. diss. cit. p. 37.

41) S. hierüber Bülow de praejudicialibus formulis, Vratisl. 1859, p. 42—44 (hierzu Windscheid, Krit. Vierteljahrsschr. S. 292).

Digitized by Google

durch den Aufschub des Nebenprocesses wurde es möglich, dieser Rechtskraft Rechnung zu tragen.

Ueberall aber, wo ein Proceß im Interesse eines anhängigen Freiheitsprocesses suspendirt wird, finden wir die obige Regel bestätigt. Die Suspension wurde stets unmittelbar vom magistratus selbst verfügt; eine Präjudicialeinrede konnte hier nie stattfinden.[42])

3. Im öffentlichen Interesse haben fiskalische Processe den Vorrang vor privaten, in denen dieselbe Streitfrage zu entscheiden ist. Dieß wird unter Berufung auf Senatusconsulte berichtet in:

l. 35 de jure fisci 49, 14 (Pompon. libr. 9 epistolar).

---

42) Trotzdem wird auch bezüglich des jud. lib. wieder von allen Seiten in Folge der Präsumtion, daß Präjudicialdekret und Präjudicialeinrede ein und dasselbe sei, kurzweg im klarsten Widerspruch gegen die Quellen behauptet, es finde eine Präjudicialeinrede statt, und eine exceptio quod praejud. libertati non fiat fingirt z. B. von Rudorff, Rechtsgesch. 2 S. 118, Dernburg S. 120. Daß es eine solche Präjudicialeinrede gar nicht gegeben hat, wird noch unten näher gezeigt werden, s. Abschnitt 4 a. E. Dem Verf. stimmt bei Bethmann-Hollweg, Civilpr. 2 S. 401 Anm. 78. — Wenn man übrigens in den unter 1 d erörterten Fällen des Carbonianischen Edikts mit Bethmann-Hollweg annimmt, es habe zwischen dem pupillus und den Verwandten ein selbstständiger Statusproceß stattfinden können, so würden wir dort Präjudicialdekrete auch im Interesse des praejudicium de „patria potestate" vor uns haben, von denen sonst keine Beispiele in den Quellen auffindbar sind. Bezieht sich etwa l. 34 sol. matr. 24, 3 auf ein solches Präjudicialdekret? Wohl nicht. Es handelt sich hier nur um die legitimatio ad causam eines präsumtiv Bevollmächtigten. Diese Stelle wird in der späteren Schrift des Verf. über die Proceßlegitimation näher zu betrachten sein.

Digitized by Google

„Si privatus ad se pertinere hereditatem Lucii „Titii dicat, altero eandem hereditatem fisco vindi„cante, quaeritur, utrum jus fisci ante excutiendum „sit et sustinendae actiones ceterorum, an nihilomi„nus inhibendae petitiones creditorum singulorum, „ne publicae causae praejudicetur. Idque Senatus„consultis expressum est."

Auch hier wieder zeigt sich, daß, weil das judicium majus bereits gerichtlich anhängig ist (altero — fisco vindicante) die Präjudicirungsgefahr durch ein inhibitorisches Dekret, nicht aber durch eine exceptio beseitigt wird.

4. Vom Gesichtspunkt des überwiegenden öffentlichen Interesses ausgehend, dürfen wir auch erwarten, daß Civilprocesse, in denen dieselbe Frage, wie in einem bereits eingeleiteten Criminalprocesse zur Verhandlung kommt, bis zur Aburtheilung des letzteren fistirt werden müssen. So ist es auch in den bei weitem meisten Fällen gehalten worden.[43]) Man scheint aber doch nicht immer — und wohl mit Fug und Recht — dem Criminalproceß einen überwiegenden Werth beigelegt zu haben. Es wird hin und wieder zugegeben, daß Civil- und Criminalprocesse ne-

43) L. 5 §. 1 de hered. pet. 5, 3 (sustinetur hereditatis petitionis judicium, donec falsi causa agatur), l. 37 de jud. 5, 1 — l. 5 §. 1 ad leg. Jul. de vi publ. 48, 6; l. 7 §. 4 de lib. ca. 40, 12 (Aufschub des Freiheitsprocesses); l. 5 de tabul. exh. 43, 5; l. 2 C. Theod. ad leg. Cornel. de falso 9, 19 — l. 2 C. eod. 9, 22, vergl. Bland S. 231 A. 4, S. 234 A. 14; l. 4 C. de ord. jud. 3, 8, l. 33 C. ad leg. Jul. de adult. 9, 9; cf. l. 7 pr. de muner. (50, 4).

Digitized by Google

beneinander herlaufen dürfen,“[44]) ja bisweilen sogar vorgeschrieben, daß die letzteren nachstehen müssen.“[45])

Wie es sich damit nun auch im näheren verhalten mag, so steht doch das, worauf es bei der vorliegenden Untersuchung allein ankommt, fest. In allen jenen Fällen findet keine Exceptio, sondern ausschließlich das Präjudicialdekret, ein sustinere, differre judicium statt.[46]) Auch hier bewährt sich das Präjudicialdekret als das für das Präjudicialverhältniß gleichzeitiger Processe destinirte Rechtsmittel.

Sehr lehrreich hierfür ist auch der Bericht von Cicero in Verrem II. libr. 3 c. 65 §. 152. Er erzählt, der Prätor Metellus sei darum angegangen worden, ein judicium „quod per vim aut metum abstulisset“ gegen den Apronius, einen Helfershelfer des Verres, einzuleiten; Metellus habe dieß aber abgeschlagen, aus folgendem Grunde: „praejudicium a se de capite C. Verris nolle fieri“. Es frägt sich nun, ob dieses Verfahren mit unserer Regel im Einklange steht?

---

44) L. 3 C. de ord. jud. 3, 8, obgleich zweifelhaft ist, ob hier zwei selbstständige Processe gemeint sind. Im Fall der l. 27 de act. rer. amot. 25, 2 fehlt der Zusammenhang der beiden Processe, ebenso in l. 53 de fidejuss. 46, 1 und l. 23 pr. de fideicomm. lib. 40. 5. — Ueber l. 2 §. 1 vi bonor. 47, 8 und l. 7 §. 1 de injur. 47, 10, l. 15 de accusat. 48, 2, s. unten Abschn. 4 Nr. 1. a. E. u. Nr. 3 A. 84.

45) L. 1 §. 11, l. 2, l. 13 de Carbon. ed. 37, 10 (hier überwog die hereditatis petitio), l. 4 C. de ord. cogn. 7, 19 (hier handelt es sich um die auch für das Criminalverfahren unerläßliche Vorbedingung der Freiheit).

46) Es braucht kaum noch bemerkt zu werden, daß auch hier von den Neueren stets mißbräuchlich von einer exceptio praejudicii gesprochen wird, s. z. B. namentlich Leist in der ganzen in Anm. 7 citirten Dissertation.

Digitized by Google

Metellus gab keine exceptio praejudicii, er inhibirte den Civilproceß unmittelbar.[47]) Es läßt sich aber auch die von uns behauptete Vorbedingung eines solchen Verfahrens, die Anhängigkeit des judicium majus, des Criminalverfahrens gegen Verres, feststellen.

Der Prätor Metellus war der unmittelbare Amtsnachfolger des Verres.[48]) Nun war aber schon im Anfange des Jahres, in welchem Verres die Provinz verlassen hatte und Metellus nachgefolgt war, gegen Verres die Anklage erhoben und die Untersuchung eingeleitet worden; die Hauptverhandlung selbst ging schon in der Mitte des Jahres vor sich.[49]) Daher ist es höchst wahrscheinlich, daß der Criminalproceß gegen Verres schon schwebte, als jene Klage gegen den Apronius vor dem Metellus angebracht wurde.

Und selbst zugegeben, daß jener Civilproceß einige Tage eher als der Criminalproceß vor Gericht gebracht worden sei,[50]) so würde wenigstens daraus nichts gegen unsere Regel zu folgern sein. Denn die sofortige Einleitung des Criminalverfahrens gegen Verres war doch schon damals gewiß. Auch wäre Metellus wohl geneigt gewesen, im

47) Auch dieser Stelle hat man wieder eine exceptio praejudicii untergeschoben, von der doch kein Wort gesagt ist: Planck a. a. O. S. 213, Rudorff, über die Octavian. Formel in der Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. 12 S. 154—156, Rechtsgesch. 2 S. 118 A. 27, Keller S. 173 Anm. 491.

48) Cic. in Verr. 5 c. 53—55.

49) Cicero war nach Erhebung der Anklage (Divinatio c. 3 §. 10, c. 4 §. 11, oratio in Verr. I. c. 6 §. 15) nach Sicilien gereist, nach etwa 90 Tagen zurückgekehrt (in Verr. II. libr. 1 §. 25, 30. 31) und hielt am 5. August bereits seine Rede. Daraus geht deutlich genug hervor, daß die Anklage im Beginn des Jahres angestellt worden sein muß.

50) Daß Apronius allerdings im Anfange des Jahres verklagt worden ist, geht aus Cicero's Worten hervor („adventu Metelli").

Digitized by Google

Interesse des Verres ein Uebriges zu thun und jene Maßregel ein wenig zu anticipiren, zumal er sicher voraussetzen mußte, daß über kurz oder lang der Civilproceß doch durch den inzwischen eingeleiteten Civilproceß wieder zum Stillstand gebracht werden mußte. Endlich bliebe uns auch immer noch die Berufung darauf offen, daß die Ertheilung jener gegen den Apronius beantragten Klage schon an und für sich dem besondern Ermessen des magistratus anheimgegeben war.[51])

II. Das Präjudicialdekret im Allgemeinen. — Die Regel.

Die Zusammenstellungen unter Nr. I. haben ergeben, daß das Präjudicialdekret bei den verschiedenartigsten Combinationen von Processen zur Anwendung kommt. Wo nur immer zwei innerlich zusammenhängende Processe bei Gericht anhängig sind, da muß der unwichtigere von Amtswegen, ohne daß es eines Einspruches des Beklagten bedürfte, vorläufig suspendirt werden, bis der wichtigere abgeurtheilt ist. Es ist gleichgültig, welcher von beiden Processen zuerst angestellt wird, oder ob sie beide zugleich vor Gericht kommen, es kommt nicht darauf an, in welches Stadium bereits der eine Proceß in dem Augenblick getreten ist, wo die andere Klage erhoben wird. Es genügt, daß beide überhaupt nur, ehe sie zum Urtheil gediehen sind, in irgend einem Zeitpunkt zusammentreffen. Dann muß stets die Suspension des unwichtigeren verfügt werden.

Und auch die Frage macht keinen Unterschied, wer in dem wichtigeren Proceß Kläger ist. Es ist nicht etwa erforderlich, daß dieselbe Person in beiden Processen als Kläger auftritt. Auch wenn der wichtigere Proceß von dem

51) L. 14 §. 2 quod metus causa 4, 2.

Digitized by Google

im judicium minus Beklagten, ja auch wenn er von einer dritten Person angestellt wird, kommt es, die Verwandtschaft der beiden Processe vorausgesetzt, zur Suspension, zum Präjudicialdekret.[52])

Diese zahlreichen, mannichfaltigen und ausnahmslosen Anwendungsfälle des Präjudicialdekrets führen nothwendig auf eine ihnen allen zu Grunde liegende Regel hin. Diese ist auch bereits von den römischen Juristen selbst abstrahirt worden. Sie findet sich vor

a) in allgemeinster Fassung in der bereits oben besprochenen l. 54 de jud. (Paul. libr. 1 Sentent.):

„Per minorem causam majori cognitioni „praejudicium fieri non oportet; major „enim quaestio minorem causam ad se „trahit."

b) in specielleret Beziehung in l. 104 de regulis jur. (Ulp. libr. 2 ad Ed.):

„Si in duabus actionibus alibi summa major, alibi „infamia est, praeponenda est causa existimatio-

52) Wo die Suspension unterblieb, hat sich herausgestellt, daß es an dem Zusammenhange der beiden Processe, oder an der überwiegenden Wichtigkeit des einen oder andern fehlte. — Das Präjudicialdekret erinnert vielfach an die Litispendenzeinrede, insofern es sich bei beiden um die Suspension eines Processes während der Dauer eines andern handelt. Die tief reichenden Unterschiede zwischen beiden Proceßinstituten liegen aber offen zu Tage: 1) es wird zum Präjudicialdekret nicht eadem res der beiden Processe vorausgesetzt, vielmehr müssen beide verschiedenen, wenn nur verwandten Inhalts sein; 2) nicht eaedem personae brauchen in beiden Processen aufzutreten; 3) nicht der zuerst angestellte geht schlechterdings vor, sondern, wenn er nur der wichtigere ist, auch der später angestellte; 4) nicht der Zeitpunkt der Litiscontestation ist maßgebend, es genügt, daß die wichtigere Klage bei Gericht angebracht ist; endlich 5) wird die Litispendenz nur auf Einspruch der Beklagten beachtet; das Präjudicialdekret ergeht von Amtswegen.

Digitized by Google

„nis; ubi autem aequiparant famosa judicia, et si „summam imparem habent, pro paribus accipienda „sunt."

c) endlich in l. 21 de exc. 44, 1 (Neratius libro 4 Membranarum):

„Rei majoris pecuniae praejudicium fieri videtur, „quum ea quaestio in judicium deducitur, quae vel „tota vel ex aliqua parte communis est quaestioni „de re majori."

Daß die erste Stelle sich nur auf den Fall gleichzeitig schwebender Processe und auf eine Suspension von Amtswegen bezieht, ist oben genügend nachgewiesen;[53]) in l. 54 cit. ist das allen jenen zu Nr. I. aufgeführten Fällen zu Grunde liegende allgemeine Princip in größter Klarheit zum Ausdruck gekommen; sie ist die Cardinalstelle für die Lehre von der Reihenfolge mehrerer verwandter anhängiger Processe, d. h. für die vom Präjudicialdekret.

Es ist aber auch klar, daß die beiden andern Stellen eben dahin gehören. Was zunächst die l. 104 de regulis juris betrifft, so weist das „duabus actionibus" und „famosa judicia" deutlich genug auf zwei wirklich angestellte Klagen hin; es wird offenbar vorausgesetzt, daß beide Processe bereits vorliegen. Dieß wird auch durch den Ausdruck „praeponere" bestätigt. Wie könnte man darüber, welcher von zwei Processen „voranzustellen" sei, zweifeln, wenn bloß ein einziger angestellt wäre? Das „praeponenda est" beweist aber auch, daß diese Regelung der Reihenfolge absolut, von Amtswegen, durch Dekret des Magistratus erfolgen muß. Damit stimmt endlich auch die Inscription der Stelle vollkommen überein. Ulpian handelt in libr. 2 ad Ed. von der praetoria cognitio, dem officium jus dicentis, z. B. von der Competenzprüfung u. dgl.

53) Abschnitt 1.

Digitized by Google

Eben so wenig bleibt ein Zweifel darüber, daß l. 21 de except. sich 1) auf ein bereits eingeleitetes judicium majus, und 2) auf das Präjudicialdekret bezieht.

Das Erstere könnte man vielleicht für nicht völlig ausgemacht halten, wenn es am Ende der Stelle hieße: „quae — communis est rei majori". Es ist aber noch besonders, — man möchte meinen, um Mißverständnissen vorzubeugen, — hinzugesetzt: „quaestioni de re majori", und damit auf das Entschiedenste gerade die „Verhandlung über die wichtigere Sache" hervorgehoben, wie denn „quaestio" in den bereits erörterten Stellen durchweg von einem schon anhängigen Proceß gebraucht wird.

Noch deutlicher kommt das andere Moment, die praetoria cognitio, zum Vorschein. Zunächst wird auch hier wieder nichts von einer exceptio praejudicii erwähnt. Haben wir aber ein Recht, Exceptionen zu präsumiren und zu fingiren? Sodann heißt es: „quum ea quaestio in judicium deducitur". In dem Moment, wo die Prüfung, ob eine major quaestio vorliege, vorgenommen wird, ist also noch nicht res in judicium deducta, d. h. die Litiscontestation noch nicht vollzogen. Hätte Neratius gemeint, daß jene Frage erst in judicio vermittelst einer exceptio zur Entscheidung komme, so hätte er sich auch auf den Standpunkt des judex stellen und sagen müssen: „quum ea res in judicium deducta est".[54])

Allerdings ist dieses Fragment von den Compilatoren der Digesten dem Exceptionentitel eingereiht worden. Kann aber dieser Umstand gegenüber dem klaren, nur auf die praetoria cognitio deutbaren Wortlaut des Fragments

54) Vergl. l. 11 §. 2 de jurisd. 2, 1. Hier, wo ebenfalls von dem Verfahren in jure und von einer Cognition des magistratus die Rede ist, begegnen wir der mit dem „in judicium deducitur" der l. 21 de exc. gleichbedeutenden Wendung „in judicium venit".

Digitized by Google

selbst, vollends gegenüber der anderweitig so entschieden, in den mannigfachsten Beziehungen und ausnahmslos beglaubigten Regel irgendwie ins Gewicht fallen, oder gar uns ermächtigen, uns über dieselbe hinwegzusetzen? Die Titelrubrik mag wohl in völlig zweifelhaften Fällen bei der Entscheidung nebenher berücksichtigt werden; eine feststehende Regel wird durch solche Betrachtungen nie erschüttert werden können.

Führt doch, wie bereits gezeigt ist, die Regel der l. 21 de exc., von der Präjudicialeinrede und von einem futurum judicium majoris pecuniae verstanden, zu den widersinnigsten Consequenzen!

Hat doch Justinian in keiner der vielen uns vorliegenden Präjudicialfällen eine exceptio gegenüber einem judicium majus praesens zugelassen! Haben doch die Compilatoren selbst die Cardinalstelle (l. 54 de jud.) und die andere allgemeine Regel (l. 104 de reg. juris) dem Exceptionentitel nicht einverleibt!

Jedenfalls würde also, selbst wenn die systematischen Anschauungen der Compilatoren für uns verbindlich wären, die von ihnen überwiegend festgehaltene Ansicht, daß in diesen Fällen keine exceptio stattfindet, maßgebend sein. Daß übrigens die Compilatoren, nachdem praetoria cognitio und exceptio formell nicht mehr unterschieden waren, in der Handhabung des innerlichen Unterschiedes zwischen Präjudicialdekret und Präjudicialeinrede ebensowenig wie die Neueren ganz tactfest gewesen sind, mag unumwunden zugestanden werden. Darf uns dies aber an diesem Unterschiede selbst irre machen? Ueberdieß mag, ganz abgesehen von den unzähligen andern Fällen, in denen die Compilatoren eine unpassende Titelrubrik gewählt haben, auch noch darauf hingewiesen werden, daß ihnen dieß nachgewiesenermaßen gerade bezüglich der Rubrik de exceptionibus mehr-

Digitized by Google

fach begegnet ist. Sowohl l. 12 als l. 17 h. t. gehören nicht dahin.[55])

Trotz alledem hat Pernice mich lediglich durch die Verweisung auf die Exceptionsrubrik jenes Fragments widerlegen zu können geglaubt; er hält diesen Umstand für genügend, um meine ganze Präjudicialtheorie umzustoßen oder doch wenigstens „erheblich zu erschüttern".[56]) Es dient mir zur großen Beruhigung und zur sichersten Bürgschaft für die Richtigkeit meiner Theorie, daß man nichts Erheblicheres gegen dieselbe einzuwenden gehabt hat.

---

55) Daß l. 12 de exc. vom praejudicium im Sinne einer Präjudicialklage handelt, hat der Verf. in seiner Inauguralschrift de praej. form. p. 35, 56 ausgeführt. — Daß l. 17 h. t. in den Titel de exc. rei judicatae gehört, ist allgemein anerkannt: Brackenhoft, Identität S. 39, Planck a. a. O. S. 199 A. 7, Buchta, Lehre v. Einfluß des Proc. 1 S. 303, Savigny, System 6 S. 436 A. 1, Windscheid, Actio S. 91, Vangerow, Pand. (7. Aufl.) 1 S. 281, Krüger, processual. Consumtion u. Rechtskraft S. 171, 188.

56) Krit. Vierteljahrsschr. 5 S. 417. Die Anführung, der Verfasser habe gesagt, „fr. 54 de jud. und fr. 21 de exc. stünden in Digestentiteln, welche von Einreden handelten", beruht auf einem Versehen des H. Referenten. So flüchtig, den Digestentitel de judiciis für einen Exceptionentitel zu erklären, ist der Verf. nicht gewesen. Im Gegentheil, er hat sich gerade darauf berufen (diss. cit. p. 55), daß l. 54 de judiciis in einem nicht von Einreden, sondern von der praetoria cognitio handelnden Titel steht. — Daß die übrigen Bemerkungen von Pernice sich gar nicht auf die Präjudicialtheorie beziehen, ist bereits oben A. 1 erwähnt worden.

Digitized by Google

Vierter Abschnitt.

Die Präjudicialeinreden.

I. Beziehung der exceptio praejudicii auf zukünftige Processe (futuri judicii hujusmodi exceptiones comparatae sunt). — Innere Gründe. — Die einzelnen Quellenzeugnisse. — Die exc. quod praejudicium hereditati — praedio — in reum capitis non fiat. — Abschaffung der letzteren Einrede.

Die Resultate, welche im dritten Abschnitt bezüglich des Präjudicialdekrets gewonnen sind, haben für die Theorie der exceptio praejudicii die größte Bedeutung. Sie tragen wesentlich zur richtigen Begrenzung dieses Rechtsmittels bei. Sie reichen schon an und für sich hin, um uns davon zu überzeugen, daß man bisher das Anwendungsgebiet der exceptio praejudicii viel zu weit ausgedehnt hat: daß die traditionelle Lehre, laut welcher diese Einrede sich auf alle Arten von Präjudicialverhältnissen, auch auf den Präjudicialnexus zwischen zwei zu gleicher Zeit anhängigen Processen beziehen soll, auf einem Irrthum beruht.

Denn wir wissen, daß für Präjudicialverhältnisse der letzteren Art bereits ein anderes Institut, das Präjudicialdekret, besteht; die Reihenfolge zwischen zwei wirklichen, neben einander anhängigen Processen muß schon von Amtswegen regulirt werden. Und dieß wird ja selbst von den Anhängern der herrschenden Lehre unumwunden eingestanden. Namentlich hat es Planck auf das Eindringlichste betont, und nie ist ein Zweifel dagegen laut geworden, daß die Herstellung einer zweckmäßigen Reihenfolge zwischen zwei Processen lediglich „Sache der richterlichen Proceßleitung sei".[57]) Das heißt aber doch nichts anderes, als daß sie stets von Amtswegen erfol-

57) Planck, Mehrheit der Rechtsstreit. S. 2, 163, 177, 195, 498 ff.

Digitized by Google

gen müsse. Oder ist es erhört, daß das Gericht, ehe es seiner Proceßleitungspflicht nachkommt, hierzu erst eine Aufforderung von Seiten der Parteien abzuwarten hat?

Und dennoch nimmt man keinen Anstand, die exceptio praejudicii auf alle Präjudicialverhältnisse, auch auf das zweier zu gleicher Zeit anhängiger Processe zu beziehen! Dasselbe Verhältniß, von dem man kaum versichert hat, daß es stets von Amtswegen berücksichtigt werden müsse, wagt man auch als Thatbestand einer exceptio hinzustellen und somit zu versichern, daß es nie von Amtswegen, sondern immer nur auf Antrag des Beklagten beachtet werden dürfe! Official- und Exceptionsverfahren sind doch schlechterdings unvereinbare Gegensätze! Eine Thatsache, die schon von Amtswegen beachtet werden muß, kann unmöglich zugleich eine Exceptionsthatsache sein. Denn es gehört zum Wesen der exceptio, daß ihre Geltendmachung der Initiative des Beklagten überlassen bleibt. Exceptionen, die ex officio beachtet, die „supplirt" werden müßten, existiren nicht, eine solche exceptio wäre eine contradictio in adjecto.

Jener Widerspruch ist so arg und so offenkundig, daß es unbegreiflich wäre, wie er so lange Zeit hat unbemerkt und ungerügt bleiben können, wenn wir uns nicht daran erinnerten, daß über alle diese Fragen durch die Proceßeinredentheorie ein dichter Nebel gedeckt war, unter dessen Schutz die wunderlichsten Verwechselungen unbeanstandet passirten und die schärfsten Gegensätze sich bis zur Unkenntlichkeit verwischten. Was man bei jeder andern exceptio auf das bitterste getadelt hätte, das glaubte man sich bei einer bloßen „Proceßeinrede" unbedenklich erlauben zu dürfen. Wenn Jemand behaupten wollte, daß die exceptio pacti de non petendo, doli, senatusconsulti Macedoniani, Vellejani, divisionis etc., ohne vom Beklagten vorgeschützt zu sein, berücksichtigt werden müßten, so würde man ihn

Digitized by Google

eines Verstoßes gegen die elementarsten Rechtswahrheiten zeihen. Bei der exceptio praejudicii hat man es ruhig hingehen lassen! Die Proceßeinredentheorie war ein Freibrief für bodenlose Willkürlichkeiten![58])

Es ist aber auch noch auf einen andern Umstand hinzuweisen, der uns auf das entschiedenste davor warnen muß, die Präjudicialeinreden auf das Präjudicialverhältniß zwischen zwei wirklichen Processen zu beziehen.

Jede exceptio, selbst jede dilatoria exceptio, zog im römischen Formularproceß die definitive Abweisung des Klägers, die rechtskräftige Freisprechung des Beklagten nach sich[59]).

Daß nun von dieser absoluten Regel bei der exceptio praejudicii eine Ausnahme gemacht worden sei, daß der judex seiner Instruction „si in ea re praejudicium hereditati, praedio fiat, absolve etc.“ nicht habe Gehorsam leisten dürfen, dafür ist man, so oft man es auch früher behauptet hat, jeden Beweis schuldig geblieben und man hat dieß denn auch in neuerer Zeit eingestanden und sich darein ergeben, daß der exceptio praejudicii dieselbe definitive absolutorische Wirkung, wie jeder andern exceptio zukommt[60])

58) So mußte Planck, S. 500, Anm. 3, zur Beschönigung seiner Präjudicialeinredentheorie sich darauf berufen, daß „ja auch die s. g. exc. deficientis legitimationis ad causam und viele andere nur eine Provokation des richterlichen Ermessens für die Proceßleitung sei“. Das kann doch unmöglich von einer echten römischen exceptio, um die es sich hier handelt, für richtig anerkannt werden. Jene exc. def. legitim. ad causam ist wie alle ex officio zu supplirenden Exceptionen lediglich ein monströses Erzeugniß der modernen Proceßeinredentheorie.

59) S. oben S. 64 u. 65.

60) S. oben S. 105, Anm. 49. — Gegen Planck's (Mehrheit S. 209, 210) eigenthümliche Limitation vergl. die Ausführungen in diss. cit. p. 47, 48.

Digitized by Google

Wenn man nun die exceptio praejudicii richtig begrenzt und versteht, d. h. als einen Regulator für die Concurrenz mehrerer Klagrechte, so hat ihre absolutorische Wirkung, wie weiter unten (Abschn. 5) gezeigt werden wird, nicht das mindeste Bedenken, weder für das römische, noch für das heutige Recht.

Wenn man dagegen diese Einrede für identisch mit dem Präjudicialdekret hält und sie demgemäß ebenfalls als einen Regulator für die Reihenfolge mehrerer Processe auffaßt, so muß ihre absolutorische Wirkung unbegreiflich bleiben, gerade so unbegreiflich, wie die Consumtionswirkung der exceptio procuratoria und cognitoria erscheinen müßte, wenn diese Einreden in der That Proceßeinreden wären, gerade so unbegreiflich, wie die Consumtionswirkung der exceptio fori, wenn es eine solche Einrede überhaupt je gegeben hätte. Es hieße dem mysteriösen „formellen Rechtsprincip der Römer" doch zuviel des Widersinns aufbürden, wenn man sich auch noch bei dem Gedanken beruhigen wollte, daß die Römer, um eine zweckmäßige Reihenfolge zwischen zwei Processen herzustellen, auf das Mittel verfallen wären, dem Kläger in dem unwichtigeren Proceß stets Unrecht zu geben. Durchgreifend wäre dieses Mittel allerdings gewesen! Wenn man den einen der beiden Processe kurzweg aus der Welt schaffte, so hatte man allerdings keine weiteren Beschwerden mehr, um eine Reihenfolge zwischen zwei Processen zu reguliren. Man regulirte die Reihenfolge, indem man sie beseitigte!

Helmolt, der es für ganz erklärlich hält, daß die Römer den Kläger, der beim incompetenten Gericht Klage erhoben hatte, zur „Strafe" seines Rechts für verlustig erklärten[61]), wird freilich auch an jener eigenthümlichen Regulirungsmethode keinen Anstoß nehmen.

61) Verh. der Exceptionen z. Beweislast S. 175 (s. oben S. 108 A. 54).

Digitized by Google

Mir will aber die Helmolt'sche Straftheorie auch hier wieder nicht einleuchten und zwar um so weniger, als es nach den Ausführungen des dritten Abschnittes längst feststeht, daß die Römer gegen den Kläger, der das Unglück hatte, daß der Lauf seines Processes durch einen verwandten wichtigeren Proceß gekreuzt wurde, gar nicht so grausam gewesen sind. Wir wissen bereits, daß der magistratus sich selbst die Mühe nahm, zu untersuchen, ob in der That eine Verwandtschaft zwischen den beiden Processen bestehe, und wenn er dieß bestätigt fand, den unwichtigeren von beiden vorsichtiger Weise einstweilen still stehen ließ, um lieber dem wichtigeren einen Vorsprung zu gestatten. Nimmermehr „strafte" er aber den Kläger, der eine schnellere Erledigung des unwichtigeren Processes wünschte, wegen seiner Unbescheidenheit mit dem Verlust seines Anspruchs. Vielmehr sorgte der magistratus, sobald der wichtigere Proceß abgeurtheilt war, bestens dafür, daß nunmehr der unwichtigere Proceß wieder in Gang kam und, unterstützt durch die Ergebnisse des zuerst erledigten Processes, zu einem desto gründlicheren und gerechteren Endurtheil gedieh.

Die Reihenfolge zwischen den beiden Processen wurde nicht minder im Interesse des unwichtigeren, als im Interesse des wichtigeren regulirt. Indem der wichtigere vorerst erledigt wurde, vermied man die Gefahr, daß der Richter durch das in dem unwichtigeren Proceß, in einer specielleren und unbedeutenderen Beziehung gefällte Urtheil von vornweg eingenommen wurde und von einem „Vorurtheil" beeinflußt an die Entscheidung des wichtigeren herantrat. Indem man den unwichtigeren Proceß in die zweite Linie verwies, gab man dem Richter Gelegenheit, hier die Ergebnisse der umfassenderen und gründlicheren Untersuchung, die im wichtigeren Proceß vorgenommen worden war, zu benutzen und mißliche Widersprüche mit jenem Haupturtheil zu vermeiden.

Digitized by Google

Und während in solcher Weise für die beßtmögliche, gerechte Entscheidung des unwichtigeren Processes Fürsorge getroffen wurde, sollte hier doch eine exceptio praejudicii jemals haben Platz greifen können, d. h. der Kläger mit seiner Klage schlechtweg abgewiesen worden, seines Rechts verlustig gegangen sein? Man beantworte uns doch auch die Frage, wann dieses thörichte, wann jenes vernünftige Verfahren stattgefunden hat? Beides zusammen? Man steht hier vor einem ähnlichen Dilemma, wie oben mit der Behauptung, daß die Reihenfolge zwischen zwei Processen immer von Amtswegen und doch nie von Amtswegen zu reguliren sei. Wenn es wahr wäre, daß nicht bloß das Präjudicialdekret, sondern auch die Präjudicialeinrede sich auf das Präjudicialverhältniß zwischen zwei anhängigen Processen bezieht, so käme noch das weitere Räthsel hinzu, daß die unwichtigere Klage zwar immer rechtskräftig abgewiesen, aber doch der Proceß zugleich immer nur suspendirt worden wäre[62])!

---

62) Planck (§. 29), der das Präjudicialdekret und die Präjudicialeinrede nur für verschiedene Mittel, um ein und dasselbe Präjudicirungsverbot praktisch durchzuführen, erklärt, sucht die Anwendungsgebiete dieser beiden Rechtsmittel in der Weise von einander zu scheiden, daß das Präjudicialdekret im Falle der Liquidität, die Präjudicialeinrede im Falle der Illiquidität des Präjudicialnexus Platz gegriffen habe. Er hält also das Präjudicialdekret nur für eine Denegation der Klage wegen liquider Präjudicialeinrede. Diese Annahme habe ich in diss. cit. p. 8—19 ausführlich widerlegt; sie entbehrt aller und jeder quellenmäßigen Begründung. Darüber, daß der magistratus beim Präjudicialdekret selbst cognoscirte, vergl. auch oben S. 131, S. 134 Anm. 11b. Planck hat völlig unbeachtet gelassen, daß in den Fällen des Präjudicialdekrets nie von der Nothwendigkeit eines Antrages von Seiten des Beklagten und nie von einem einfachen denegare actionem, sondern immer nur von einem von Amtswegen gebotenen differre, sustinere litem die Rede ist. Und warum wäre der Kläger

Digitized by Google

Diese Bemerkungen werden genügen, um zu zeigen, auf welche Irrwege man durch die übliche Identificirung von Präjudicialdekret und Präjudicialeinrede geräth. Es ist eine Unmöglichkeit, daß diese beiden von Grund aus verschiedenen Institute ein und dasselbe Anwendungsgebiet mit einander gemein haben. Wo das Präjudicialdekret einmal herrscht, da kann für die exceptio praejudicii kein Raum mehr übrig bleiben. Da nun das Präjudicialdekret nachgewiesener Maßen dazu dient, eine Präjudicialgefahr von anhängigen Processen abzuwenden, so bleibt für die exceptio praejudicii nur noch eine Möglichkeit, nur noch eine Funktion offen: die Abwendung einer Präjudicialgefahr von zukünftigen Processen.

Und dieß wird in den Quellen mit aller nur wünschenswerthen Deutlichkeit bestätigt. Die römischen Juristen verwahren sich ausdrücklich gegen den von uns bekämpften Irrthum.

Es heißt in der oben (S. 126) angeführten l. 13 de exc.:

„Wenn der wichtigere Proceß bereits anhängig ist,
„so darf es zu keiner exceptio praejudicii kommen
„(— post litem contestatam placet non obstare excep-
„tionem —); denn diese Art von Einreden ist nur im
„Interesse zukünftiger Processe eingeführt (futuri

---

bei liquidem Präjudicialnexus mit einem bloßen Aufschub der Klage weggekommen, im Falle der Illiquidität aber seines Rechts verlustig gegangen? Der zufällige Umstand der Illiquidität hätte doch den Kläger nicht zu so argem Schaden bringen können! — Wetzell weist S. 810 auf den Wegfall der absolutorischen Wirkung der dilatorischen Einreden in spätestem Recht hin. Beseitigt dieß aber den Widersinn, welchen die absolutorische Wirkung der exc. praejudicii im früheren Recht in sich geschlossen hätte, wenn sie ein Mittel zur Regulirung der Proceßreihenfolge gewesen wäre?

Digitized by Google

„enim judicii, non facti nomine hujusmodi exceptio„nes comparatae sunt)."

Man sollte nun meinen, daß die herrschende Ansicht wenigstens in den übrigen Quellenstellen, die von der exceptio praejudicii handeln, irgend eine Stütze hätte. Aber auch dieß ist nicht der Fall. Ueberall wird die in l. 13 de exc. vorgezeichnete Grenze streng innegehalten. Ueberall wo eine exceptio praejudicii zugelassen wird, steht ein erst in der Zukunft möglicher Hauptproceß, ein futurum judicium, in Frage. Ja der Umstand, daß der Hauptproceß gar nicht angestellt ist, bildet nicht etwa bloß die conditio sine qua non für unsere Einrede, sondern geradezu die causa efficiens derselben. Die exceptio praejudicii gründet sich darauf, daß der Kläger anstatt mit dem wichtigeren, mit dem unwichtigeren Proceß vorgegangen sei. Die Anstellung der Hauptklage ist es gerade, was der Kläger versäumt hat, und weßhalb ihn der Beklagte interpellirt. Der Beklagte will den Kläger durch die exceptio praejudicii erst zur Anstellung des judicium majus nöthigen.

Eine Prüfung der einzelnen Quellenzeugnisse wird dieß außer Zweifel stellen.

Wie bereits oben bemerkt ist, werden die Präjudicialeinreden viel seltener als die Präjudicialdekrete erwähnt. Außer in l. 13 de exc. cit. findet sich diese exceptio nur noch in folgenden sieben Stellen:

1) l. 1, §. 1 fam. herc. 10, 2 (Ga. libr. 7 ad Ed. prov.);
2) Ga. inst. IV, 133;
3) l. 25, §. 17 de her. pet. 5, 3 (Ulpian, libr. 15 ad Ed.);
4) l. 12 pr. C. de her. pet. 3, 31 (Justinian);
5) l. 16 de exc. 44, 1 (African. libr. 9 Quaest.);
6) l. 18 eod. (African. eod.);
7) Cicero de inventione II, 20, §. 59. 60.

Digitized by Google

Bei der Lectüre dieser Stellen drängt sich uns vor allen Dingen folgende Bemerkung auf. Wir finden uns völlig enttäuscht, wenn wir im Vertrauen auf den modernen, aus der Verwechselung von Präjudicialdekret und Präjudicialeinrede stammenden Sprachgebrauch erwarten, daß sich in den Quellen eine generell lautende Präjudicialeinrede vorfinde. Es wird dort weder eine „exceptio praejudicii", noch eine „exceptio praejudicialis", noch etwa eine „exceptio si non praejudicium majori cognitioni — rei — judicio fiat" erwähnt. Die Präjudicialeinrede begegnet uns vielmehr immer nur in genau beschränkter Beziehung zu drei bestimmten Proceßsachen, zu einem Erbschafts-, einem Grundeigenthums- oder einem Criminalproceß. Es werden bloß drei specielle Präjudicialeinreden erwähnt: die exceptio quod praejudicium hereditati, praedio, in reum capitis non fiat erwähnt.

a. Exceptio quod praejudicium hereditati non fiat.

Die ersten vier Stellen handeln, gleich der oben angeführten Cardinalstelle (l. 13 de exc.), von der exceptio quod praejudicium hereditati non fiat. Unsere Regel bewährt sich hier durchweg. Es ist immer nur von einem einzigen Proceß, einem Erbtheilungsproceß oder der Vindikation einer Erbschaftssache die Rede. Davon, daß die hereditatis petitio selbst ebenfalls anhängig sei, ist nicht das Mindeste erwähnt. Im Gegentheil: es wird vorausgesetzt, daß sie nicht anhängig sei. Der Beklagte beschwert sich mittelst der exceptio eben darüber, daß der Kläger ihn nicht mit der hereditatis petitio belangt habe.

Bezüglich der l. 1, §. 1 fam. her. ist dieser Sachverhalt bereits oben (S. 131—133) des genaueren auseinandergesetzt. Noch offener liegt er bei Ga. 4, 133 und in l. 25, §. 17 de her. pet. zu Tage. In beiden Stellen wird der

Digitized by Google

Fall behandelt, daß der Erbe eine Erbschaftssache, anstatt sie mit der her. pet. einzufordern, mit der rei vindicatio einklagt. Der Beklagte wünscht aber lieber mit der her. pet. belangt zu werden, die hier, wo das Erbe zwischen beiden Parteien streitig ist, das zunächst indicirte Rechtsmittel sei: dieser Haupt- und Generalklage dürfe durch Singularklagen nicht vorgegriffen werden. Hierauf allein läuft die exceptio quod praejudicium her. non fiat hinaus. Sie bezweckt Zurückweisung der Singularklage wegen ihrer Concurrenz mit dem Erbschaftsanspruch, nicht aber Regulirung der Reihenfolge zwischen einem Singularproceß und einem bereits anhängigen Erbschaftsproceß. Darauf deutet doch auch schon die Conception der Einrede zur Genüge hin; sie lautet nicht: quod praejudicium hereditatis petitioni s. cognitioni de hereditate non fiat, sondern quod praejudicium hereditati non fiat.

Und spricht etwa Justinian in l. 12 pr. C. de her. pet. (Nr. 4) von einer Concurrenz zweier wirklichen Processe? Offenbar nicht. Er sagt:

> „Quum hereditatis petitioni locus fuerat, exceptio „assumebatur, quae tuebatur hereditatis petitionem, „ne fieret ei praejudicium. Magnitudo etenim et auc„toritas centumviralis judicii non patiebatur, per „alios tramites viam hereditatis petitio„nis infringi."

Er versichert also, daß, wenn die hereditatis petitio statthaft war, die exceptio praejudicii zu Hülfe gerufen wurde. Ist aber eine statthafte Klage etwa schon ein anhängiger Proceß? Und Justinian sagt ferner, die exceptio praejudicii habe dafür gesorgt, daß „die Bahn der hereditatis petitio nicht auf Seitenwegen umschlichen werde." Wenn sich der Kläger schon auf der Bahn der her. pet. befunden hätte, wie hätte er sie denn zugleich auf Seitenwegen umschleichen können? Er hatte eben jene

Digitized by Google

ordentliche breite Bahn der her. pet. nicht eingeschlagen; er hatte versucht, auf dem Schleichwege der Singularklage zu demselben Ziele, wohin die her. petitio führte, zu gelangen. Die exceptio praejudicii sollte ihm entgegentreten, ihm den Schleichweg versperren und ihn auf den ordentlichen Weg bringen.

Verweilen wir dagegen noch einen Augenblick bei dem Bilde, welches sich nach l. 12 C. de her. pet. entrollt, wenn wir annehmen, daß die exc. praejudicii dazu diente, die Reihenfolge zwischen zwei wirklichen Processen zu reguliren[63]).

Wir müßten uns vorstellen, daß der Kläger sich zugleich auf zwei Wegen, der via hereditatis petitionis und dem trames der rei vindicatio aufgemacht habe, um ein und dasselbe Ziel, den Besitz einer Erbschaftssache, zu erreichen. Auf dem Hauptwege habe er nun ruhig fortgehen dürfen, auf dem Schleichwege habe er aber gleichzeitig warten müssen, bis er auf dem Hauptwege ans Ziel gelangt wäre. Dann habe er sich auch auf dem Schleichwege wieder in Gang setzen und das bereits erreichte Ziel noch einmal einholen dürfen!

Dieses Bild zeigt uns am anschaulichsten die absurden Consequenzen, zu denen man überhaupt gelangt, wenn man annehmen wollte, daß in irgend einer jener von der exc. quod pr. her. non fiat handelnden Stellen eine anhängige her. petitio gemeint sei. Ueberall ist davon die Rede, daß der Erbe bloß eine andere Klage, eine Erbtheilungs- oder Singularklage angestellt habe, durch welche er sich einen Theil seiner Erbschaft verschaffen will. Hätte er hier zugleich die her. petitio angestellt, so hätte er stets auf zwei Wegen dasselbe Ziel verfolgt, stets jenen wunderlichen Wettlauf

63) Wie Wetzell (S. 811 Anm. 65) gerade auf Grund von l. 12. C. de her. pet. glaubt.

Digitized by Google

mit sich selbst aufgeführt und der Beklagte durch die exc. praejudicii keinen andern Zweck im Auge gehabt, als den Kläger davor zu behüten, daß er sich nicht selbst den Rang ablaufe![68a])

b. Exceptio quod praejudicium praedio non fiat.

In ähnlicher Weise, wie für die hereditatis petitio, ist für die Vindikation von Grundstücken vorgesorgt. Auch diesem Klagrecht darf nicht vorgegriffen werden. Wer das Ziel, zu welchem die vindicatio praedii führt, auf einem andern Wege zu erreichen sucht, den darf der Beklagte durch eine Präjudicialeinrede zurückweisen.

Dieß führt Africanus in l. 16 de exc. (Nr. 5) aus. In dem von ihm erörterten Falle droht der praedii vindicatio ein Präjudiz durch die actio confessoria. Der Kläger macht eine servitus viae geltend, ohne im Besitz des praedium dominans zu sein. Vielmehr besitzt der Beklagte dasselbe und behauptet, es gehöre ihm selber. Africanus meint nun, daß dem Beklagten in diesem Falle gegenüber der Confessorienklage eine exceptio praejudicii zu Statten komme (si viam petam, exceptionem „quod praejudicium praedio non fiat" utilem tibi fore). Denn hier würde der Streit über das Grundeigenthum, welches ja eine nothwendige Voraussetzung der actio confessoria bildet, in dem Confessorienprocesse zum Austrag kommen; die praedii vindicatio würde umgangen werden.

68a) Eine ganz unwiderlegliche, namentlich auch für die Fortdauer der früheren Grundsätze im spätesten Recht wichtige Bestätigung des oben Entwickelten findet sich noch in Schol. ad Basil. 42, 2 n. 2, 19 (Heimb. IV. p. 205): „exceptio, nisi praejudicium hereditati fiat, quae opponitur petituro hereditatem, interim autem speciali in rem agenti".

Digitized by Google

Dieser Fall entspricht also durchweg den oben erörterten, wo die exceptio quod praejudicium hereditati non fiat eingreift. Hier, wie dort, handelt es sich um einen einzigen anhängigen Proceß, einen Proceß über einen unwichtigeren Anspruch, durch welchen der Proceß über einen wichtigeren umgangen wird. Die unwichtigere Klage wird anstatt der wichtigeren angestellt.[64])

Wie genau es auch bei der exceptio quod praejudicium praedio non fiat mit dem Satze „futuri judicii hujusmodi exceptiones comparatae sunt" genommen wird, dafür giebt sofort die andere Stelle, welche von dieser Specialeinrede handelt, l. 18 de except. (Nr. 6) den treffendsten Beleg. Hier, wo es sich um gleichzeitige Anstellung einer fundi vindicatio und einer Nebenklage (actio communi dividundo oder fructuum condictio) handelt, erklärt Africanus, obgleich die Zulässigkeit der exceptio praejudicii ausdrücklich in Anregung gebracht wird (quaesitum est, an exceptio „quod praejudicium fundo partive ejus non fiat" obstet an deneganda sit?), dennoch diese Einrede nicht für statthaft, sondern entscheidet sich dafür, „daß der Prätor sich ins Mittel legen müsse und dem Kläger nicht gestatten dürfe, bevor über das Eigenthum entschieden sei, mit solchen Processen vorzugehen" (intervenire Praetorem debere nec permittere petitori, priusquam de proprietate constet, hujusmodi judiciis experiri) d. h. er entscheidet sich für das Präjudicialdekret[65]). In dieser gegensätzlichen Ent-

64) Vergl. diss. p. 24 n. 57 und Seuffert, Archiv 4 Nr. 152.

65) Vergl. die ausführliche Interpretation dieser, wohl in Folge einer Kürzung an manchen Härten leidenden Stelle in diss. cit. p. 24—27. Eine Wiederholung derselben scheint um so weniger nöthig, als meine Auslegung von maßgebender Seite bereits für richtig anerkannt worden ist: Bethmann-Hollweg, Civilpr. 2 S. 401 Anm. 77, Wetzell, System, 2. Aufl. S. 810 Anm. 62. — Gegen Pernice, de ratione, quae etc. p. 13 ist Folgendes zu erwidern. Unzweifel-

Digitized by Google

scheidung liegt einer der schärfsten Beweise für unsere Unterscheidung von Präjudicialdekret und Präjudicialeinrede.

c. Exceptio quod in reum capitis praejudicium non fiat.

In der letzten der oben angeführten Stellen (Nr. 7) erörtert Cicero (de inventione II, 20 §. 59. 60) folgenden Fall. Es ist Jemandem bei einem Tumult die Hand abgehauen worden. Er stellt gegen den Thäter die actio injuriarum an (Agit is, cui manus praecisa est, injuriarum). Der Beklagte verlangt dagegen die Ertheilung der exceptio „extraquam in reum capitis praejudicium fiat."

Auch hier ist mit den klarsten Worten gesagt daß nur eine einzige Klage, die Injurienklage, angestellt wird. Von einem daneben anhängigen Criminalproceß findet sich nicht

---

haft ist auch nach Pernice, daß in dem ersten Falle der Stelle (Fundi — judice), wo nicht einmal gefragt wird, ob eine exceptio praejudicii eingreifen könne, zwei zu gleicher Zeit anhängige Processe gemeint sind. Ebenso unbestreitbar ist, daß Africanus in seinem responsum (Et — experiri) nichts von der datio exceptionis sagt. Insofern kann man wenigstens aus dieser Stelle nicht beweisen wollen, daß bei gleichzeitiger Anhängigkeit beider Processe die exc. praej. stattfinde. Ein Zweifel könnte nun bezüglich des zweiten Falles (Item — sit?), wo nach der exceptio gefragt wird, darüber obwalten, ob in der That auch hier, wie im ersten Falle, gleichzeitige Anstellung beider Processe vorliege. Wenn sich nun Pernice dagegen entscheidet, also die vindicatio in diesem Fall als zukünftig auffaßt und ferner annimmt, daß das responsum die Zulässigkeit der exceptio praejudicii nicht verneine, also sie implicite für statthaft erkläre, so läßt es sich Pernice selber nur angelegen sein, aus l. 18 de exc. die Richtigkeit meiner Ansicht zu beweisen; denn daß wegen eines judicium majus futurum die exceptio praejudicii zur Anwendung komme, ist gerade das, was ich behauptet habe. — A. A. ist auch noch Francke, her. pet. S. 91.

Digitized by Google

die entfernteste Andeutung. Vielmehr verhält es sich auch hier — es wird dieß namentlich durch die weiteren Erwägungen Cicero's außer Zweifel gestellt — durchaus ähnlich, wie in allen anderen Fällen, wo es zu einer exceptio praejudicii kommt. Der Kläger geht, anstatt das wichtigere Verfahren (den Criminalproceß) einzuschlagen, mit der unwichtigeren Klage (der privaten Injurienklage) vor. Er wird durch die exceptio mit der Civilklage zurückgewiesen. Durch einen solchen Civilproceß würde ein Eingriff in das Gebiet des Criminalprocesses geschehen. Diesen Eingriff soll die exceptio praejudicii verhüten.

Die Mittheilung Cicero's über die exceptio extraquam in reum capitis praejudicium fiat gewinnt noch an Werth, wenn man sie mit der oben (S. 153—155) besprochenen Stelle der Verrinischen Reden vergleicht. Dort, wo der Criminalproceß bereits eingeleitet war, suspendirte der Prätor kurzweg selbst den Civilproceß. Hier, wo der Criminalproceß noch nicht angestellt ist, kommt überhaupt nur in Frage, ob die exceptio praejudicii zu ertheilen sei oder nicht. An ein unmittelbares Eingreifen des Prätor wird gar nicht gedacht.

Die Vergleichung der beiden Stellen ist auch für die geschichtliche Betrachtung von hohem Interesse. Wir ersehen daraus, daß der dargelegte Unterschied zwischen Präjudicialeinrede und Präjudicialdekret schon frühzeitig bestanden hat und schon zu Cicero's Zeit in seiner vollen Schärfe entwickelt war.

Auffallend ist aber, daß die exceptio praejudicii in ihrer speciellen Beziehung auf den Criminalproceß bloß von Cicero erwähnt wird. Die römischen Juristen kennen nur die ersten beiden Arten von Präjudicialeinreden, wegen eines Erbschafts- und Grundeigenthumsprocesses. Der exc. quod praejudicium in reum capitis non fiat wird im corpus jur. civ. nirgends gedacht. Und doch hätten die römischen

Digitized by Google

Juriſten, wenn es zu ihrer Zeit dieſe dritte Art von Präjudicialeinreden noch gegeben hätte, alle Veranlaſſung gehabt, ſie anzuführen. Sie kommen oft auf die Frage zu ſprechen, wie es zu halten ſei, wenn Jemand vorzieht, ein Verbrechen durch eine Civilklage anſtatt im Wege des Criminalproceſſes zu verfolgen[66]), und ſie erörtern hierbei wiederholt, ob man es geſtatten dürfe, daß in dieſer Weiſe dem Criminalproceß durch eine Civilklage vorgegriffen werde. Einige Juriſten ſcheinen ſich ganz allgemein dagegen erklärt zu haben (neque debet publico judicio privata actione praejudicari quidam putant)[67]). Freilich iſt dieſer Proteſt nicht durchgedrungen (nec enim prohibendus est privato agere judicio quod publico judicio praejudicatur, quia ad privatam causam pertinet.[68]) — Sed utilius visum est, quamvis praejudicium legi Juliae de vi privata fiat, nihilominus tamen non esse denegandam actionem eligentibus privatam persecutionem.)[69])

Bei allen dieſen Erörterungen geſchieht aber jener Ciceronianiſchen Präjudicialeinrede keinerlei Erwähnung.

Am meiſten muß dieß bei einer Stelle des Ulpian'ſchen Edictscommentars befremden, in welcher genau derſelbe Fall, wie in der Ciceronianiſchen Stelle, nämlich die Concurrenz zwiſchen der actio injuriarum und der Criminalanklage, unterſucht wird. Es iſt dieß die in vielen Be-

---

66) L. 3 de priv. del. 47, 1, l. §. 10 J. de injur. 4, 4, l. 56 §. 1, l. 92 de furtis 47, 2, l. 2 §. 1 vi bonor. raptor. 47, 8, l. 6 de injur. 47, 10, l. 3 expil. her. 47, 19, l. 4 de publ. jud. 48, 1. Sueton. Tit. c. 8 i. f. Vergl. über die ganze Frage: Huſchke, Zeitſchr. f. Civilr. u. Proceß. N. F. 2 S. 187 ff.

67) L. 2 §. 1 vi bonor. rapt.

68) L. 6 de injur.

69) L. 2 §. 1 vi bonor. rapt., vergl. l. 4 de publ. jud.

Digitized by Google

ziehungen interessante l. 7, §. 1 de injur. 47, 10.[70]) Ulpian wirft hier die Frage auf, ob, wenn es sich um die Bestrafung eines Mordes handelt, der Prätor gestatten dürfe, daß dem Criminalproceß durch die private Injurienklage vorgegriffen werde?

„Si dicatur homo injuria occisus, numquid non „debeat permittere Praetor privato judicio legi Cor„neliae praejudicari?"

Seine Antwort lautet:

„Rectius fecerit, si hujusmodi actionem non „dederit."

Und auch in dem weiteren Verlauf seiner Erörterung, in welcher er in sehr lichtvoller Weise die Gründe entwickelt, weßhalb hier nicht, wie sonst gewöhnlich, dem Kläger die Wahl zwischen Civil- und Criminalverfolgung frei gestellt werden dürfe, wird einer Präjudicialeinrede nicht gedacht. Es ist hier so wenig, wie in allen jenen andern vom Präjudicialnexus zwischen Civil- und Criminalklage handelnden Stellen, etwas davon gesagt, daß es von dem Einspruch des Beklagten abhänge, ob die Civilklage ausgeschlossen werde. Die Civilklage wird vielmehr, da sie auf Sühne und Strafe, nicht auf Schadensersatz gerichtet ist (de ipsa caede vel veneno ut vindicetur, non ut damnum sarciatur agitur), da sie also auf eben denselben Endzweck, wie der Criminalproceß hinausläuft, (principaliter de ea re agitur, quae habet publicam animadversionem), für absolut unstatthaft erklärt. Eine solche

70) S. die genaue Interpretation dieser Stelle in diss. cit. p. 40–43. — Anlangend den Text ist auf die höchst sinnreiche Emendation von Schmidt, Interdiktenverfahren der Römer S. 281, 282 Anm. 12, zu verweisen. Hoffentlich findet diese feine Conjectur, die erst vollen Sinn in jene Stelle bringt, auch in die Mommsen'sche Ausgabe der Digesten Aufnahme.

Digitized by Google

Civilklage, durch welche der Criminalproceß geradezu umgangen würde, darf nach Ulpian's Meinung nie, auch nicht mit Einwilligung des Beklagten, zugelassen werden. Es handelt sich um den völligen Ausschluß der Injurienklage.[71])

Es kann hiernach keinem Zweifel unterliegen, daß sich die classischen Juristen bezüglich des praejudicium quod publico judicio fiat von dem Exceptionsstandpunkt, den man noch zu Cicero's Zeit hier hatte vorwalten lassen, losgesagt haben. Sie *schweigen* nicht etwa bloß von jener dritten Art von Präjudicialeinreden, sondern sie *läugnen* geradezu ihre Zulässigkeit. Die exc. quod praejud. in reum capitis non fiat existirte zur classischen Zeit des römischen Rechts nicht mehr.

Ihr Verschwinden ist aber auch leicht erklärlich. Es hängt mit einem der wichtigsten und interessantesten Grundgesetze der römischen Rechtsentwicklung zusammen. Es war eine Folge davon, daß sich die Gebiete des Privat- und des Strafrechts im Laufe der Zeit immer schärfer von einander absonderten.

Ursprünglich ragte das Strafrecht noch sehr weit in das Privatrecht hinein: in welchem Maße, hat erst neuerdings *Ihering* in der gründlichsten und anschaulichsten Weise dargelegt.[72]) Viele privatrechtliche Verhältnisse waren anfänglich mit criminalistischen Elementen versetzt, viele rein strafrechtliche Verhältnisse sogar vollständig in das civilrecht-

---

71) Beistimmend *Wetzell*, S. 809 Anm. 62, vergl. *Huschke*, a. a. O. S. 194 und die dort Angeführten. — Aehnliches wie in l. 7 §. 1 de injur. scheint nach l. 4 §. 1 ad leg. Jul. de priv. 48, 7 schon von Labeo aufgestellt worden zu sein, vergl. l. 35, 45 de injur. 47, 10. Vergl. Huschke, Gaius S. 128, 149.

72) *Ihering*, das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Festschrift. Gießen, 1867.

Digitized by Google

liche Gebiet herüber genommen und in die Bahn des Civilprocesses verwiesen (civile Strafklagen).

Erst allmälig klärten sich die beiden Rechtsmaterien mehr von einander ab. Das Civilrecht suchte seine criminalistischen Bestandtheile auszustoßen. Das Criminalrecht suchte vom Civilrecht und vom Civilproceß loszukommen. Das Gebiet des Criminalprocesses erweiterte sich fortwährend. Für mehrere Verbrechen, die früher bloß im Wege des Civilprocesses zur Bestrafung gelangt waren, wurden publica judicia geschaffen.

Man verstand sich jedoch noch nicht sofort zu einem offenen Bruch mit den früheren Tendenzen. Man transigirte. Man nahm jene Verbrechen zwar in den Criminalproceß auf, schied sie aber deßwegen noch nicht aus dem Civilproceß aus. So entstand wegen einiger Verbrechen (z. B. Verwundungen, Tödtungen) eine eigenthümliche Concurrenz von Civil- und Criminalverfahren. Ein und dasselbe Verbrechen figurirte sowohl unter den Privatstrafklagen als unter den publica judicia, es konnte entweder im Civil- oder im Criminalwege zur Bestrafung gebracht werden.

An und für sich (ipso jure) stand nun die Wahl zwischen beiden Wegen frei. Der Beschädigte konnte als Ankläger im Strafverfahren auftreten, er konnte es aber auch vorziehen, die Civilstrafe einzuklagen. Man entschloß sich jedoch bald, diese freie Wahl bis zu einem gewissen Grade einzuschränken. Man vergegenwärtigte sich, daß der Criminalproceß doch den Vorzug vor einer bloßen Civilklage verdiene; man sann auf ein Mittel, um den Kläger in jenen Concurrenzfällen an der Durchführung der Civilklage zu verhindern. Non enim oportet in recuperatorio judicio ejus maleficii, de quo inter sicarios quaeritur, praejudicium fieri (Cicero de invent. II, 20, §. 60). Aber es wurde anfänglich auch hier noch nicht entschieden durchgegriffen. Wie aus Cicero's Bericht ersichtlich ist, wurde

Digitized by Google

zu seiner Zeit noch nicht daran gedacht, dem Criminalproceß einen absoluten Vorzug einzuräumen. Eine Civilstrafklage, welche wegen eines öffentlich-strafbaren Verbrechens angestellt wurde, durfte weder vom magistratus von Amtswegen, noch vom judex ipso jure zurückgewiesen werden. Man begnügte sich mit einer exceptio: nur wenn der Beklagte Einspruch erhob, wurde die Civilklage zurückgewiesen.

Dieses Verfahren galt noch zu Cicero's Zeit, und es mochte sich mit den damaligen Rechtsanschauungen auf das Beste vertragen. In einer Zeit, in der man so vieles Privatrechtliche vom strafrechtlichen, so vieles Strafrechtliche vom privatrechtlichen Standpunkte beurtheilte, konnte man nichts Anstößiges darin finden, daß man die Fürsorge für den Vorrang des Criminalprocesses und den Vorzug der öffentlichen Strafe dem Belieben und der Initiative der Parteien überließ.

Je mehr man sich aber später über die Grenzen zwischen Civil- und Strafrecht klar wurde und den modernen Vorstellungen von der absoluten Geltung der öffentlichen Strafgesetze sich annäherte, desto offenkundiger mußte es werden, daß jene exceptio quod praejudicium in reum capitis non fiat ein unzulängliches und ungeeignetes Vorkehrungsmittel sei. Daß kein Eingriff in das Gebiet des Criminalprocesses geschehe, erschien nunmehr durch das öffentliche Interesse, also absolut geboten. Die Abwendung eines solchen Eingriffes durfte nicht mehr als Privatsache behandelt, nicht mehr davon abhängig gemacht werden, ob es der Beklagte vortheilhafter fand, daß die Criminalstrafe anstatt der Privatstrafe über ihn verhängt werde. Man überzeugte sich, daß in Fällen, wo Civil- und Criminalstrafe wirklich concurrirten (ubi principaliter de ea re agitur quae publicam animadversionem habet, l. 7, §. 1 de injur. cit.), das Gericht von Amtswegen einschreiten und die Civilstrafklage von selbst zurückweisen müsse „ne publico judicio privata

Digitized by Google

actione praejudicetur". Daher die denegatio actionis der l. 7 §. 1 de injur. anstatt der exceptio praejudicii, die noch zu Cicero's Zeit in genau demselben Falle zur Anwendung gekommen war. Diese dritte Art von Präjudicialeinreden war zur Zeit des classischen römischen Rechts längst antiquirt, absorbirt durch die absolut gebotene Denegation der präjudicirlichen Civilstrafklage.

Es blieben nur noch die beiden Präjudicialeinreden zu Gunsten der hereditatis petitio und der praedii vindicatio übrig.

II. Singuläre Geltung der exc. praejud. — Beschränkung auf Erbschafts- und Grundeigenthumsklagen. — Die herkömmliche Generalisirung der exc. praejud. — Gründe? — Analogie des Präjudicialdekrets?

Wir haben völlige Gewißheit darüber gewonnen, daß die exceptio praejudicii bloß im Interesse zukünftiger Processe stattfindet.

Die Grenze ist aber sogar noch enger zu ziehen. Die exceptio praejudicii findet nicht einmal im Interesse aller zukünftiger Processe, sondern nur zu Gunsten zweier bestimmter zukünftiger Processe statt. Es gibt keine generelle Präjudicialeinrede. Es existiren nur die beiden Specialexceptionen quod hereditati und quod praedio praejudicium non fiat.

Auch diese nähere Beschränkung hat sich bereits gelegentlich der Ausführungen unter Nr. 1 deutlich herausgestellt. Denn dort sind alle Quellenzeugnisse, die sich bezüglich der Präjudicialeinreden vorfinden, aufgeführt worden. Nirgends ist aber eine generelle exceptio praejudicii zum Vorschein gekommen. Die römischen Rechtsquellen enthalten nur jene beiden Specialeinreden. Auch die zur Zeit des classischen

Digitized by Google

Rechts bereits antiquirte dritte Präjudicialeinrede hatte eine specielle Beziehung.

Die moderne Proceßwissenschaft hat sich aber stets über die in den Quellen so genau vorgezeichneten engen Schranken der exc. praej. hinweg gesetzt. Man hat von jeher angenommen, es gebe eine generelle, wegen aller möglichen Processe zulässige Präjudicialeinrede.

Hierin liegt der gefährlichste Irrthum der herkömmlichen Präjudicientheorie. Durch die Generalisirung wird das Wesen der exceptio praejudicii bis zur Unkenntlichkeit entstellt. Das Charakteristische derselben besteht gerade in ihrer Beschränkung auf die beiden Specialfälle der Erbschafts- und Grundeigenthumsklage. Hierin beruht der Schwerpunkt unserer ganzen Untersuchung. Wäre die Präjudicialeinrede ein ähnlich generelles Rechtsmittel, wie das Präjudicialdekret, so würde die von uns verlangte Unterscheidung dieser beiden Institute nicht einen so großen praktischen Werth haben, wie ihr in Wahrheit zukommt. Müßte die Gefahr eines Präjudizes von zukünftigen Processen in demselben weiten Umfange abgewendet werden, wie von anhängigen, so würde jene Unterscheidung eben nur so viel bedeuten, daß zu Gunsten der anhängigen Processe von Amtswegen, zu Gunsten der zukünftigen aber nur auf Antrag des Beklagten eingeschritten werden darf.[73])

73) Eine Differenz, die jedoch immerhin schon an und für sich erheblich genug wäre, um nicht, wie Wetzell, S. 810, 811 Anm. 65, meint, für etwas rein Formelles, praktisch Gleichgültiges zu gelten und die uns jedenfalls vor der angeblichen „materiellen Identität" der beiden Institute warnen müßte. Ob eine Maßregel von Amtswegen oder nur auf Antrag des Beklagten zu treffen ist, ob Official- oder Einspruchsverfahren zur Anwendung kommen soll, das ist doch sicherlich keine bloße Formfrage, die etwa nur für den römischen Formularproceß Sinn und Werth hätte. Diese Differenz ist eine

Digitized by Google

Die volle Bedeutung unserer Unterscheidung kommt erst zu Tage, wenn wir erkennen, daß die beiden Institute einen durchaus verschiedenen Umfang haben: wenn wir uns davon überzeugen, daß nur das Präjudicialdekret eine generelle, die Präjudicialeinrede dagegen eine specielle, auf wenige Ausnahmsfälle beschränkte Maßregel ist.

Diese Differenz wird man nicht mehr für eine rein äußerliche und praktisch gleichgültige ausgeben dürfen. Man wird ihr einen realen, für das römische wie für das heutige Rechtsleben gleich sehr erheblichen Werth zugestehen müssen. Denn es handelt sich hier nicht mehr bloß um die Form, in welcher das Präjudicirungsverbot durchgeführt wird, sondern um die Frage, in welchem Umfange es überhaupt besteht. Wer eine generelle Präjudicialeinrede aufstellt, der behauptet die Existenz eines generellen, auf alle zukünftigen Processe berechneten Präjudicirungsverbots: er sagt, daß jeder Proceß wegen jedes in der Zukunft möglichen mit ihm verwandten wichtigeren Processes auf so lange sistirt werden müsse, bis dieser andere Proceß angestellt und abgeurtheilt ist. Wir dagegen, die wir bloß jene beiden quellenmäßigen Specialeinreden anerkennen, be-

---

wesentliche, innerliche, dauernde, für jedes, auch das Justinianische und das heutige Proceßrecht erhebliche, über die wir uns unter keinerlei Umständen hinwegsetzen dürfen: je nachdem man das Präjudicialdekret oder die Präjudicialeinrede für statthaft erklärt, gewinnt das Präjudicirungsverbot selber eine verschiedene Bedeutung. Im ersten Fall erhält dieses Verbot absolute, im zweiten bloß relative Geltung; im ersten Fall ist es stets durchzuführen, im zweiten nur, wenn es dem Beklagten beliebt. — Auch muß Verwahrung gegen die Auffassung von Wetzell eingelegt werden, als seien beide Institute „Vertheidigungsformen“ (S. 811 Anm. 65 Z. 13). Das Präjudicialdekret ist so wenig eine Vertheidigungsform, wie die Präjudicialeinrede eine von Amtswegen zu ergreifende Proceßleitungsmaßregel ist.

Digitized by Google

haupten damit, daß nur solche Processe, die auf dasselbe Ziel wie ein Erbschafts- oder Grundeigenthumsproceß hinauslaufen, eine Hemmung erleiden: daß wegen anderer judicia majora futura ein judicium minus überhaupt keinen Aufenthalt erfahren darf; daß also z. B. eine Zinsklage unbehindert ihren Lauf nimmt, wenn auch die viel wichtigere Capitalsklage noch nicht angestellt ist, — daß der Pfandgläubiger nicht vorerst die Pfandschuld einzuklagen braucht, ehe er das im Besitz des Schuldners befindliche, weniger werthe Pfand beitreibt, — daß der Erbe die Erbschaftsschuldner sehr wohl belangen kann, ohne gegen den Besitzer der Erbschaft schon mit der hereditatis petitio vorgegangen zu sein — daß man, um wegen eines Delikts Schadenersatz einklagen zu können, nicht erst die Einleitung und Aburtheilung des Criminalprocesses abzuwarten braucht, — ꝛc.

In meiner diss. de praejud. exc. habe ich diese Beschränkung de exceptio praejudicii nur mit wenigen Worten berührt,[74]) in der Meinung, daß sie deutlich und bestimmt genug aus den Quellen selbst ersichtlich sei. Da ich jedoch gerade in diesem Punkte Widerspruch erfahren habe, und sehr hervorragende Autoritäten noch immer an der generellen Geltung der exc. praejud. festhalten,[75]) so scheint eine eingehendere Erörterung dieser Frage geboten.

Daß sich in den Quellen bloß die beiden speciellen Exceptionen quod praejudicium hereditati non fiat und quod praejud. praedio non fiat vorfinden, wird allgemein zugestanden. Zur Aufstellung einer generellen, wegen aller zukünftigen Processe statthaften Präjudicialeinrede könn-

74) Diss. cit. p. 51—54.

75) Wetzell, System, 2. Aufl. S. 811 (Anm. 65), Bethmann-Hollweg, Civilpr. 2 S. 401 (Anm. 78). — Nur Renaud, Civilpr. §. 152 S. 403, hat mir auch in dieser Beziehung beigestimmt.

Digitized by Google

ten wir also nur auf dem Wege der Analogie gelangen. Es fragt sich nun, was uns zu einer solchen analogen Ausdehnung berechtigt?

Das Vorbild des Präjudicialdekrets? Dürfen wir deßhalb, weil dieses Institut einen generellen Charakter hat, denselben auch ohne Weiteres auf die exceptio praejudicii übertragen und uns über den genau beschränkten Inhalt, der dieser Einrede laut den Quellen zukommt, hinwegsetzen? Sind beide Institute etwa so gleichartig, beruhen sie auf so ähnlichen Voraussetzungen, dienen sie zu so ähnlichen Zwecken, daß man alle von dem einen geltenden Bestimmungen sofort auch auf das andere ausdehnen darf? Dieß muß auf das entschiedenste verneint werden. Der Unterschied zwischen beiden Instituten ist ein sehr tief greifender. Das Präjudicialdekret ist eine Maßregel, die wegen eines bereits existirenden Processes angeordnet wird. Die Präjudicialeinrede ist ein Vertheidigungsmittel, das wegen eines erst in ungewisser Zukunft möglichen Processes zugelassen wird. Um jenen analogen Schluß wagen zu dürfen, müßten wir den Muth haben, zu behaupten, daß zwischen einem existirenden und einem bloß möglichen Proceß kein wesentlicher Unterschied bestehe, daß jede Maßregel, die im Interesse eines wirklichen Processes angeordnet ist, stets auch wegen eines bloß denkbaren Processes verhängt werden müsse.

Mir ist von einem solchen Grundsatz nichts bekannt. Die Maßregeln, die wegen eines wirklichen Processes stattfinden, Klagen, Klagebeantwortungen, Litiscontestation, Beweisantretungen und -erhebungen, Urtheile u. s. w., pflegen nicht gerade auch wegen bloß zukünftiger; wegen bloß möglicher Processe in Anwendung zu kommen! Nur etwa die Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß macht eine Ausnahme. Umgekehrt sind die seltenen Veranstaltungen, die in Rücksicht auf erst bevorstehende Processe getroffen

Digitized by Google

werden, z. B. Provokationen, Litisdenunciationen, die cautio rati, keineswegs auch wegen anhängiger Processe statthaft.

Wenn man sich aber nicht einmal auf die Analogie des Präjudicialdekrets berufen darf, woher will man sonst die Befugniß ableiten, eine Einrede, die laut den Quellen nur für Erbschafts- und Grundeigenthumsprocesse gilt, auf alle Processe auszudehnen? Man wird doch nicht behaupten, daß Alles, was für diese beiden judicia gilt, auch von jedem andern judicium gelten müsse. Oder hat etwa die hereditas und das Grundeigenthum gar nichts vor den anderen Rechtsverhältnissen voraus? Mit demselben Recht, mit dem man die exceptio quod praedio und quod hereditati praejudicium non fiat zu einer exceptio quod rei majori praejudicium non fiat erweitert, könnten wir die zehnjährige Verjährungsfrist, die bezüglich der Grundstücke gilt, auf alle Sachen, die Grundsätze, die von den Prädialservituten gelten, auch auf die Personalservituten, die recuperatorischen Besitzinterdikte auf alle Sachen, sämmtliche Erfordernisse und Hindernisse der her. pet. auch auf alle andere actiones in rem ausdehnen. Und sind etwa Einreden, die nur für ein bestimmtes Rechtsverhältniß gelten, etwas Unerhörtes? Dürfen wir z. B. die exceptio SCti Macedoniani auf Kaufverträge und Schenkungen, die exceptio legis Cinciae auf Legate erstrecken? Und doch wäre dieß keine größere Willkür, als diejenige, deren man sich durch die Generalisirung jener beiden speciellen Präjudicialeinreden schuldig macht.

III. Die praktischen Consequenzen der herrschenden Ansicht. — Beispiele. — Klagen aus accessorischen Rechten (Pfand-, Zinsklagen) — aus Realrechten — Statusklagen — Deliktsklagen.

Ohne irgend ein Quellenzeugniß, ohne irgend eine Analogie für sich zu haben, hätte man zu der Aufstellung

Digitized by Google

einer generellen, auf alle judicia futura berechneten exceptio praejudicii nur aus den wichtigsten innern Gründen vorgehen dürfen. Man könnte sich mit der Schöpfung eines solchen neuen Rechtsmittels allenfalls einverstanden erklären, wenn tiefere Rechtsprincipien darauf hinführten und dringende Bedürfnisse des Rechtsverkehrs und der Rechtssicherheit einen so umfassenden Schutz gegen die Gefahr von Präjudicien erheischten. Unter dieser Voraussetzung wäre es vielleicht zu billigen, daß man eine Rechtsbildung, zu der sich in jenen beiden Specialeinreden ein gewisser Ansatz vorfindet, zur Vollendung brächte und das, was die römischen Juristen und Gesetzgeber zu thun versäumt hätten, nachholte.

Jene Voraussetzung trifft aber nicht zu. Aus den im ersten Abschnitt (S. 115—117) vorausgeschickten Erwägungen ergibt sich sogar das Gegentheil. Es ist dort gezeigt worden, daß ein generelles, im Interesse aller möglicher zukünftiger Processe bestehendes Präjudicirungsverbot, also eine generelle Präjudicialeinrede, zu den unerträglichsten praktischen Consequenzen führen würde. Sie würde, anstatt den Rechtsverkehr zu fördern und zu sichern, gleichbedeutend sein mit einer Lahmlegung *alles* Rechtsschutzes. Niemand könnte seine Sachen vom Diebe, seine Zinsen vom Schuldner, den Kaufpreis vom Käufer, seine Servitut gegen den Turbanten u. s. w. einklagen, ohne durch eine Präjudicialeinrede bis zu der Zeit vertröstet zu werden, wo ein wichtigeres Recht, welches gelegentlich jener Processe zur Sprache kommen muß, eingeklagt und abgeurtheilt sein wird. Und wenn dieser Vorproceß angestellt würde, müßte ein Advokat sehr ungeschickt sein, wenn er nicht wieder ein wichtigeres Recht ausfindig machte, dem durch diesen Proceß nicht präjudicirt werden dürfe und worüber schlechterdings erst vorher selbstständig vor Gericht verhandelt wer-

Digitized by Google

den müßte, u. s. f.[76]) Wir müssen gestehen: es ist ein Glück, daß die Praxis von der generellen Präjudicialeinrede unserer Lehrbücher nur einen bescheidenen Gebrauch gemacht hat.[77]) Selbst mit den Limitationen, die Planck und Wetzell diesem Vertheidigungsmittel beigegeben haben, wäre es eine höchst gefährliche Waffe.

Wetzell lehrt noch in der zweiten Auflage seines Systems (S. 811—815): „— es ist nicht glaublich, daß die exceptio praejudicii früherhin nur in den wenigen Anwendungen[78])

---

76) Diese Consequenzen hat schon Paulus in l. 24 §. 2 de lib. causa (s. Anm. 85) sich vergegenwärtigt; er meint, auf diese Weise würde man eine Handhabe gewinnen, wie man durch Vorschiebung irgend einer Person, die einen wichtigeren Proceß anstellen wolle, vorläufig aller andern Klagen los und ledig werden könne (ne inveniatur ratio quemadmodum subjecto aliquo, qui — controversiam moveat, interim actiones excludantur). Fürwahr, wir dürfen uns nicht darüber beklagen, daß wir vor der gefährlichen Irrlehre einer generellen Präjudicialeinrede nicht deutlich genug gewarnt worden seien!

77) S. unten Anm. 88.

78) Mit diesem Ausdruck ist die Vorstellung, die man sich gewöhnlich von der exceptio praejudicii macht, am deutlichsten bezeichnet. In ihm zeigt sich aber auch die Willkürlichkeit der üblichen Generalisirung am offensten. Man präsumirt eine generelle Präjudicialeinrede und glaubt in den oben angeführten sieben Stellen nur vereinzelte „Anwendungsfälle" derselben vor sich zu haben. Das wäre völlig richtig, wenn in der That die römischen Juristen dort von einer exceptio quod rei majori praejudicium non fiat sprächen und diese generelle Einrede bloß in Anwendung auf die beiden Fälle des Erbschafts- und Grundeigenthumsprocesses erörterten. Unter dieser Voraussetzung würden wir allerdings nicht den mindesten Grund haben, die allgemeine Anwendbarkeit jener Einreden in Abrede zu stellen, ebensowenig wie wir die exceptio doli, quod metus causa, pacti de non petendo auf diejenigen einzelnen Rechtsfälle, die zufällig im corpus juris erörtert sind, beschränken dürfen. Aber diese Einreden haben eine generelle Fassung, jene beiden Präjudicialeinreden dagegen

Digitized by Google

vorgekommen sei, in welchen sie in den Pandekten ausdrücklich erwähnt wird, oder daß die Suspension der vor der major causa verfolgten minor causa auf jene Anwendungen beschränkt sein solle. Vielmehr ist im justinianischen Recht die auf Grund des Präjudicialverhältnisses ausgebildete Vertheidigung, welche man mit den Neueren immerhin exc. praejudicii nennen kann, sowohl materiell wie formell dieselbe, mag die minor causa vor, oder mag sie neben der major causa eingeleitet werden." — „Wenn nun aber die Sache, um deren vorgängige Entscheidung es sich handelt, nicht bereits anhängig ist, oder nicht gleichzeitig eingeleitet wird, so ist zur Begründung der exc. praejudicii jedenfalls erforderlich, daß sie sofort eingeleitet werden könne." Dieses Erforderniß der sofortigen Einleitungsfähigkeit des Hauptprocesses wird nun von Wetzell in folgende beide Sätze aufgelöst:

1) „die bedingende Klage müsse überhaupt entstanden sein",
2) „sodann werde vorausgesetzt, daß gerade derjenige zu der bedingenden Klage legitimirt sei, welchem die Einrede entgegentritt",

wobei er noch zugibt, „daß diese (zweite) Voraussetzung keine absolute sei". Auch versichert er ausdrücklich (S. 813),

---

nicht. Ihrer Anwendbarkeit sind durch die specielle Fassung „quod hereditati, quod praedio praejudicium non fiat" unübersteigliche Schranken gesetzt. Wir haben sie allerdings auf alle, auch die nicht gerade von den römischen Juristen besprochenen einzelnen Fälle, in denen der hereditatis petitio und der praedii vindicatio ein Präjudiz droht, auszudehnen, nimmermehr aber weiter zu gehen. Wer jene beiden Präjudicialeinreden selbst nur als Anwendungsfälle ansieht, begeht denselben Irrthum, wie der, welcher in der exceptio SCti Macedoniani bloß einen besonderen Anwendungsfall einer den Haussöhnen gegen alle Klagen zustehenden generellen Einrede erblicken wollte.

Digitized by Google

„es mache überall keinen Unterschied, ob sich die bedingende Klage gegen den Verklagten selbst, oder ob sie sich gegen einen Dritten richte, immer vorausgesetzt, daß sie zu der aufzuschiebenden Klage in einem wahren Bedingungsverhältniß steht" und (S. 815), „diese im justinian. Recht aufgestellten Grundsätze haben in späterer Zeit keine Veränderung erlitten."

Aehnlich wie bei Wetzell lautet die Präjudicialeinredentheorie bei Planck; jene ist im Wesentlichen aus dieser entnommen.[79])

Es soll hier nicht noch einmal die Richtigkeit der Gründe, auf welche Planck und Wetzell ihre Theorie stützen, geprüft und namentlich nicht untersucht werden, mit welchem Recht sie die von der exc. praejudicii vorgetragenen Grundsätze auf beliebige nur vom Präjudicialdekret handelnde Quellenzeugnisse stützen. Auch mag dahin gestellt bleiben, mit welchem Recht man sich jene Limitationen erlauben darf, wenn man einmal die Präjudicialeinrede mit dem Präjudicialdekret identificirt und nach dem Muster desselben generalisirt.[80]) Ich will mich darauf beschränken, die Re-

79) Planck, Mehrheit der Rechtsstreit. S. 207—220.

80) Dies gilt namentlich von der zweiten Limitation, bezüglich des Klägers. Durch diese Limitation gewinnt das Präjudicirungsverbot selber, soweit es für zukünftige Processe bestehen und durch die exc. praejudicii geltend gemacht werden soll, einen viel beschränkteren Umfang, als es für anhängige Processe hat und insofern es durch das Präjudicialdekret realisirt wird: für letzteres ist es völlig gleichgültig, ob beide Processe von demselben Kläger angestellt werden oder nicht; s. die Nachweisungen im 3. Abschnitt bezüglich der Fälle des Carbonian. Edikts (S. 138—144), des Freiheitsprocesses (S. 149), der fiskalischen Processe (151, 152), der Criminalprocesse (152, 153). Wo bleibt aber die „materielle Identität" von Präjudicialdekret und -einrede, wenn das Präjudicirungsverbot in dem einen Falle viel weiter reicht als in dem andern? Dadurch wird doch die innerliche,

Digitized by Google

sultate jener Theorie ins Auge zu fassen und lediglich die Frage aufzuwerfen, ob dieselben mit den Bedürfnissen des Rechtslebens und dem, was uns über diese Verhältnisse aus dem römischen und heutigen Recht sonst bekannt ist, verträglich sind.

Man möge sich die bedenklichen Consequenzen der Planck-Wetzell'schen Theorie etwa an folgenden Beispielen klar machen.

Ein Pfandschuldner wird von seinem Gläubiger mit der actio hypothecaria belangt. Er läugnet die Schuld und schützt die exceptio praejudicii vor: der Gläubiger möge zuvor die Schuld selbst einklagen, der Schuldklage dürfe nicht präjudicirt werden. Nach Wetzell wäre er vollkommen in seinem Recht: die Pfandklage müßte vorerst abgewiesen werden. Denn es liegt ein „wahres Bedingungsverhältniß" vor,[81]) die Schuldklage ist bereits entstanden

---

materielle Verschiedenheit beider Institute auf das offenste zugestanden. Dieser Widerspruch ist namentlich der Grundfehler der Planck'schen Deduktion. Planck kennt nur ein einheitliches, gleichmäßig auf zukünftige wie auf anhängige Processe berechnetes Präjudicirungsverbot. Präjudicialeinrede und -dekret figuriren nur als zwei verschiedene „Mittel, die Regel geltend zu machen" (§. 20). Man sollte nun erwarten, daß es sich um eine rein äußerliche Verschiedenheit, etwa Liquidität oder Illiquidität, handeln würde, und darauf weist allerdings Planck im Anfange des §. 20 als das maßgebende Kriterium hin, im weiteren Verlauf fügt er aber noch für die Zulässigkeit der exceptio praejudicii eine größere Zahl von Beschränkungen hinzu, welche den Inhalt und Umfang des Präjudicirungsverbots auf das erheblichste modificiren, und gesteht dadurch selbst, daß bei der Präjudicialeinrede nicht bloß eine einfache Anwendung jenes einen generellen Präjudicirungsverbots vorliegt, sondern ein zweites, wesentlich verschiedenes, engeres Präjudicirungsverbot.

81) Dies wird doch wohl nicht in Abrede zu stellen sein. Wenn zwischen Schuld- und Pfandklage, wenn zwischen Haupt- und accessorischem

Digitized by Google

und der Pfandkläger zu ihr legitimirt. — Und doch, gibt es eine so exorbitante Beschränkung der Pfandklage? Muß in der That der Pfandgläubiger stets die Schuld selbstständig einklagen, ehe er das Pfand vom Schuldner selbst beitreibt? Enthalten die Quellen irgend eine Andeutung von einer solchen exceptio praejudicii, die nichts anderes wäre, als eine dem Schuldner selbst zustehende exceptio excussionis? Wer das römische Recht irgend kennt, braucht nicht darüber belehrt zu werden, daß dieß nicht der Fall ist: er braucht etwa nur daran erinnert zu werden, daß in den Quellen sogar feierlichst das Gegentheil versichert ist:

l. 24 C. de pign. 8, 14 (Dioclet.)

„Persecutione pignoris omissa debitores actione „personali convenire creditor urgeri non potest."

Nov. 4 Cap. 2.

„In debitorem tamen principalem atque res apud „ipsum existentes (sive personalibus sive hypothe„cariis sive ambabus statim uti voluerit) omnem „licentiam ei damus."

Da Wetzell es für gleichgültig erklärt, ob beide Klagen gegen denselben Beklagten stattfinden, so müßte ferner die exc. praejudicii nicht bloß dem Pfandschuldner selbst, sondern auch jedem dritten Besitzer der Pfandsache, der mit der actio hypothecaria belangt wird, zur Seite stehen und von jeher im römischen Recht zur Seite gestanden haben. Daß dieß unrichtig ist, bedarf wiederum keines

---

Recht kein „wahres Bedingungsverhältniß" bestehen sollte, so wüßte ich nicht, was man unter einem solchen Verhältniß verstehen, und in welchen Fällen es je vorkommen könnte. Das Bedingungsverhältniß zwischen Schuld- und Pfandklage ist eben so offenbar, wie das zwischen praedii vindicatio und actio confessoria. Der Unterschied ist bloß, daß es dort irrelevant ist, hier aber in Betracht gezogen wird.

Digitized by Google

Beweises.[82]) Man möge nur an die exc. excussionis denken. Hätte die Wetzell'sche generelle exc. praejudicii bestanden, so würde Justinian durch die Einführung der exc. excussionis etwas recht Unnützes und Unverständiges begangen haben. Jene exc. praejudicii hätte den Pfandbesitzern die Vortheile schon längst gewährt, welche ihnen Justinian durch die neue Einrede erst verschaffen wollte.

Dasselbe, was an dem Beispiel der Pfandklage gezeigt worden ist, trifft bei allen andern Klagen aus accessorischen Rechten zu. Sie würden nach Wetzell sämmtlich durch die exc. praejudicii auf so lange gehemmt werden, bis die Klage über das Hauptrecht angestellt und zur Aburtheilung gelangt ist. So wäre z. B. eine selbstständige Klage auf Zinsen unstatthaft; der Zinskläger könnte durch die Planck-Wetzell'sche exc. praejudicii stets auf die Klage wegen der Kapitalsschuld zurückgeworfen werden. Denn hier lägen die vermeintlichen generellen Vorbedingungen jener Einrede in vollstem Maße vor: actio major nata, Activlegitimation des Klägers zu beiden Processen, und ein Bedingungsverhältniß, ja auch Mehrwerth der actio major gegenüber der actio minor. Dennoch steht es über allem Zweifel, daß die Wetzell'sche Regel auch hier wieder ihren Dienst versagt. Der Anstellung einer selbstständigen Zinsklage steht, falls eine separate Zinsobligation besteht, nicht das mindeste entgegen.[83])

Aehnlich verhält es sich mit den Klagen aus Realrechten. Nach der herrschenden Präjudicialtheorie könnte

82) S. z. B. Dernburg, Pfandrecht, 2. S. 376–387.

83) Si in judicio actum sit usuraeque solae petitae sint, non est verendum ne noceat rei judicatae exceptio circa sortis petitionem (l. 23. de exc. rei jud. 44, 2), cf. l. 1 C. de jud. 3, 1, Wächter, Erörterungen, Hft. 3, S. 24, Unger, österreich. Privatrecht 1, S. 602–604.

Digitized by Google

der Beklagte einer solche Klage stets dadurch entgehen, daß er einen dritten Besitzer des praedium dominans namhaft machte, welcher das Eigenthum des Klägers nicht anerkenne. Und doch ist in den Quellen dieses Recht des Beklagten auf den Fall beschränkt, daß er selbst das praedium dominans besitzt und dessen Eigenthümer zu sein behauptet.[84])

Die Planck-Wetzell'sche Präjudicialeinredentheorie führt aber noch viel weiter in die Irre. Durch sie würden nicht bloß sämmtliche accessorische Rechte und sämmtliche Realrechte die ihnen zweifellos stets zukommende selbstständige Klagbarkeit meistens einbüßen, sondern es würde auch noch unzähligen andern Rechten das gleiche Schicksal widerfahren. So würden z. B. die vielen Klagen, die mit einer Statusklage oder einer Criminaluntersuchung connex sind, regelmäßig bis zur Anstellung und Erledigung dieser Hauptprocesse sistirt werden müssen. Und doch wissen wir, daß dieß nie der Fall ist. Nie wird ein Proceß, für den eine Statusfrage maßgebend ist, mit Rücksicht auf die Möglichkeit des Statusprocesses sistirt,[85]) nie eine reipersecutorische Delictsklage im Interesse der zukünftigen Criminalverfolgung in ihrem Laufe gehemmt;[86]) es wird vielmehr

84) L. 16 de exc. (s. oben S. 172.)

85) L. 1 C. de ord. jud. 3, 8, l. 4, l. 7 §. 1 de ord. cogn. 7, 14, l. 44 § 1 D. de jud. 5, 1. — L. 10 D. de his. qui sui 1, 6; l. 5 §. 9. 10 de agnosc. 25, 3, l. 4 de lib. exhib. 43, 30; vergl. diss. cit. p. 36. — Wie klar sich schon die römischen Juristen über die grenzenlose Gefahr, welche ein generelles Präjudicirungsverbot wegen eines zukünftigen liberale judicium haben würde, gewesen sind, zeigt l. 24 §. 2 de lib. causa 40, 12. Sed si cum aliis experiri velit, non est quaerendum an lis ordinata sit, ne inveniatur ratio, quemadmodum subjecto aliquo, qui libertati controversiam moveat, interim actiones excludantur. Vergl. oben S. 116 und S. 188.

86) §. 11 J. de lege Aqu. 4. 3, l. 23, §. 9 D. eod. 9, 2, l. 14 §. 1 praescr. verb. 19, 5, l. 3 §. 6 de tab. exhib. 43, 5, l. 4 de

Digitized by Google

ausdrücklich verordnet, daß die Status- und Verbrechensfrage stets als Incidentfrage erledigt werden solle.

Mit Recht hat daher die neuere Praxis, so viel auch früher in dieser Beziehung gesündigt worden ist, es meistens vermieden, jene nach Wetzell's Ansicht[87]) noch heute unverändert geltende generelle Präjudicialeinrede in der ungemessenen Ausdehnung, welche ihr die Theorie noch immer zuschreibt, zur Anwendung zu bringen.[88]) Wer in die

---

publ. jud. 48, 1, l. 15 de accus. 48, 2, l. un C. quando civ. et crim. 9, 31, vergl. Huschke, Zeitschr. f. Civilr., N. F. 2, S. 187 ff., Huschke, analecta literaria, p. 189. — Erst durch die strenge Unterscheidung von einem anhängigen und einem bloß möglichen Criminalproceß kommt Ordnung in die trostlose Verwirrung, die von jeher über das Präjudicialverhältniß zwischen Civil- und Criminalklage herrschte. Das einfache Ergebniß unserer Untersuchungen (s. oben S. 152 ff. u. 174 ff.) ist hierfür: 1) Die Civilklage wird wegen eines Criminalprocesses nur dann sistirt, wenn letzterer bereits anhängig ist. 2) Steht der Criminalproceß erst bevor, so erleidet die Civilklage keinerlei Aufenthalt, abgesehen von dem h. z. T. unpraktischen Fall, daß eine Civilstrafklage denselben Zweck, wie der Criminalproceß verfolgt. Vergl.: code d'instr. criminelle, art. 3: Elle (l'action civile) peut aussi l'être séparément; dans ce cas l'exercice en est suspendu, tant qu'il n'a pas été prononcé definitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile.

87) Planck drückt sich in dieser Beziehung nicht so entschieden aus. Er vermeidet es sichtlich, bei der Darstellung des heutigen Rechts (§. 61 bis 63, 67) überhaupt das Präjudicirungsverbot zu Gunsten zukünftiger Processe zu berühren, freilich ohne zu erklären, weßhalb er es ignorirt.

88) Seuffert, Archiv 3 Nr. 106 (Lübeck: Alimentationsanspruch der Concursschuldnerin gegen ihren Ehemann und gegen die Concursmasse), 4 Nr. 152 (Lübeck: actio communi div. u. rei vind.), 6 Nr. 25 (Kiel: Criminal- u. Civilproceß), 9 Nr. 83 (Paris, gaz. des Tribunaux 1855, 22. März: desgl.), 11 Nr. 298 (Kiel: desgl.), 11 Nr. 183[b] (Lübeck, Wechselklage u. Untersuchung wegen Wucher).

Digitized by Google

Lage kam, sich ihre Anwendbarkeit im Leben zu vergegenwärtigen, mußte vor ihrer Gefährlichkeit zurückschrecken. Freilich kommen noch immer genug bedenkliche Grenzüberschreitungen vor.[89]) Ein wirklich correktes Verfahren und eine sichere Garantie für unbehinderten Rechtsschutz wird erst möglich, wenn man offen mit jener Generalisirungstheorie bricht und sich bewußt wird, daß die exc. praejudicii nur zum Ausschluß solcher Klagen dient, welche mit Erbschafts- und Grundeigenthumsprocessen concurriren.

---

89) Solche unrichtige Urtheile s. z. B. außer den Untergerichtsentscheidungen in den Fällen von Anm. 88, noch bei Seuffert, 9 Nr. 213 und 17 Nr. 285 (München, 14. Mai 1864: actio negatoria und Frage, ob der Weg ein öffentlicher sei). In letzterem Urtheil findet sich auf Grund der mißverständlichen Auffassung der exc. praejud. der arge Satz, daß der Civilrichter nie incidenter über eine ins Gebiet des öffentlichen Rechts einschlagende Frage entscheiden dürfe, und folgende Definition der Präjudicialeinreden: „Eine jede Einrede, welche analog der Einrede de statu oder der Legitimation der Person (!) eine Eigenschaft der Sache (!) betrifft, aus welcher der klagweise geltend gemachte Anspruch als Folge abgeleitet, oder welche als Bedingung jenes Anspruchs angesehen wird (!), daher (!) eine vorläufige Erörterung erfordert, ist eine Präjudicialeinrede." (!!) Dieses Urtheil ist wohl der beste Beweis dafür, welche gefährlichen Folgen die von uns bekämpfte Präjudicialeinredentheorie noch in neuester Zeit nach sich gezogen hat. Richtiger wird das Verhältniß von Fragen des öffentlichen Rechts zu Civilklagen, ein Verhältniß, bei dem von einer Präjudicialeinrede nie die Rede sein kann, aufgefaßt bei Seuffert 4 Nr. 81 (München), Nr. 251 (Stuttgart), 7 Nr. 9 (Jena), 13, 173 (München).

Digitized by Google

IV. Quellenzeugnisse für die singuläre Geltung der exc. praejud. — Gründe ihrer Beschränkung auf Erbschafts- und Grundeigenthumsklagen. — Auctoritas der Erbschafts- und Grundeigenthumsprocesse und -gerichte. — Interesse des Beklagten. — Widersprüche der herkömmlichen Theorie.

Ich habe gezeigt, daß die Generalisirung der exceptio praejudicii, d. h. die Annahme eines Präjudicirungsverbots zu Gunsten aller zukünftiger wichtigerer Processe, jedes Anhalts in den positiven Rechtsvorschriften entbehrt. Ich habe bewiesen, daß jene Theorie sich in der Anwendung nicht bewährt, vielmehr zu den allergefährlichsten, in jeder Beziehung unhaltbaren und verwerflichen Resultaten führt.

Wie man sich trotzdem jene Generalisirung hat erlauben dürfen, wie man noch immer mit solcher Hartnäckigkeit hat auf derselben bestehen können, wird aber vollends unbegreiflich, wenn man bedenkt, daß die Quellen die Verallgemeinerung der exceptio praejudicii *ausdrücklich verbieten*:

a) Die exc. quod praejud. *hereditati* non fiat wird von den römischen Juristen geflissentlich als eine *singuläre Maßregel*, als eine *ausnahmsweise Begünstigung der her. petitio* bezeichnet. Das Außergewöhnliche, welches eine so weit gehende Abwendung der Präjudicirungsgefahr hat, wird namentlich von *Ulpian* in einer oft angeführten und eingehend interpretirten Stelle, l. 5 §. 2 de her. pet. 5, 3 hervorgehoben:

> „Eorum judiciorum, quae de hereditatis petitione „sunt, ea auctoritas est, ut nihil in praejudicium „ejus judicii fieri debeat.“ [90])

90) Vergl. Basil. 42, 1 Nr. 5, 70 (Heimb. IV. p. 187, 241). Francke, her. pet. S. 79—107.

Digitized by Google

Daß damit etwas, was nicht allen Klagen gemeinschaftlich ist, sondern als ein besonderer Vorzug der her. pet. anzusehen ist, bemerkt werden soll, liegt doch auf der Hand.[91]) Es handelt sich offenbar um ein jus singulare zu Gunsten der her. pet., welches lediglich in den Eigenthümlichkeiten dieses Rechtsmittels seinen Grund hat: um eine Ausnahme von der ratio juris, welche nur in der hervorragenden Bedeutung und dem großen Gewicht der Erbschaftsprocesse (auctoritas eorum judiciorum, quae de hereditatis petitione sunt) ihre Entschuldigung findet.

Die Quellen geben über diese Frage aber sogar noch genauere Auskunft. Die exceptio quod praejud. her. non fiat galt so wenig als etwas Normales, als ein bloßer „Anwendungsfall" eines generellen Rechtsmittels, daß man es für geboten hielt, die Gründe, weßhalb die hereditatis petitio einen so auffallenden Vorzug genieße, ausführlicher zu erörtern. In der mehrerwähnten historischen Einleitung zur l. 12 C. de her. pet. (3, 31), wo das Wesen der exceptio praejudicii in einer so treffenden Weise geschildert wird, daß die Lauterkeit der Quelle, aus der Justinian ge-

91) Ebenso, daß Ulpian's Worte gerade auf die exceptio praejudicii gemünzt sind. Er spricht von einem ganz besonders weit reichenden, absoluten Präjudicirungsverbot (nihil in praejudicium ejus judicii fieri debere). Darunter kann nicht bloß das praejudicium judicii praesentis gemeint sein, wie es durch das Präjudicialdekret verhindert wird. Denn ganz abgesehen davon, daß diese Art von Präjudicirungsverbot nichts Besonderes der her. pet. wäre, könnte man ein solches bloß zu Gunsten einer anhängigen her. pet. geltendes Präjudicirungsverbot kein absolutes nennen. Absolut wird es erst dadurch, daß es auch zu Gunsten einer erst bevorstehenden her. pet. gilt, d. h. dadurch, daß hier sogar eine exceptio praejudicii stattfindet.

Digitized by Google

schöpft hat,[92]) außer allem Zweifel steht, wird jenes jus singulare folgendermaßen gerechtfertigt:

> Cum hereditatis petitioni locus fuerat, exceptio assumebatur,[93]) quae tuebatur hereditatis petitionem, ne fieret ei praejudicium. Magnitudo etenim et auctoritas centumviralis judicii non patiebatur, per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi.

Man fand den Grund also in der hohen Bedeutung desjenigen Gerichtshofes, welchem, wie auch aus mancher andern Ueberlieferung ersichtlich ist, die Erbschaftsprocesse in Rom noch lange Zeit vorbehalten blieben. Uebrigens ist dieser Grund, der freilich schon an und für sich stichhaltig genug wäre, sicherlich nicht der einzige gewesen, oder er ist wenigstens mit jenen Worten noch nicht in seiner ganzen Tiefe dargestellt. Denn die Ueberweisung der Erbschaftsprocesse an den großen Centumviralgerichtshof war doch wieder selbst nur eine Folge der hervorragenden Bedeutung, welche man gerade dieser Art von Processen beimaß; in der auctoritas des Erbschaftsgerichts kam nur die auctoritas der Erbschaftsprocesse zur gehörigen äußerlichen Darstellung und Repräsentation. Auch hat bereits Dernburg darauf aufmerksam gemacht, daß jene exceptio von Gajus in seinem Commentar zum Provinzialedikt erwähnt wird (l. 1 §. 1 fam. her. 10, 2).[94]) Jene Vergünstigung wurde der her. pet. also auch in der Provinz, wo es doch keine Sondergerichte für sie gab, zugestanden, ein deutliches Zei-

92) Es ist nicht unwahrscheinlich, daß Justinian jene Einleitung aus der Fortsetzung von l. 5 §. 2 D. de her pet. cit. (Ulpian. libr. 14 ad Ed.) entlehnt hat; vergl. schol. ad Basil. 42, l. Nr. 5 i. f.

93) Dieser Ausdruck ist bezeichnend genug für das ausnahms- und aushülfsweise Herbeiziehen der exc. praejud.

94) Dernburg, Verh. der her pet. S. 8, Anm. 17.

Digitized by Google

chen, daß es hierbei nicht bloß auf die Wahrung der sachlichen Competenz des Centumviralgerichts ankam, sondern daß die exceptio praejudicii auf der eigenen inneren Bedeutung der Erbschaftsprocesse beruhte. Und für diese hervorragende Bedeutung lassen sich mancherlei Gründe anführen: der durchschnittlich größere Werth des Streitgegenstandes, der Vorzug, welcher unter allen Umständen dem Ganzen vor seinen Theilen und einem in jeder Beziehung exceptionellen, alle mögliche Einzelrechte und Einzelklagen in seinem Schooße bergenden Rechtsmittel vor diesen Stücklagen eingeräumt werden muß. Dernburg hat besonders ein anderes Motiv für die exceptio praejud. geltend gemacht: die Verschiedenheit der Leistung in der her. pet. und der rei vindicatio und im Zusammenhange damit die mannigfache Beeinträchtigung, welche der Beklagte durch die Umgehung der her. pet. erleiden würde.[95]) Gewiß hat auch dieser Umstand zur Einführung der exc. quod. praej. her. non fiat. wesentlich mitgewirkt. Hierfür spricht außer den von Dernburg entwickelten treffenden Argumenten auch schon an und für sich die Exceptionsnatur dieses Vorkehrungsmittels: hätte nicht vornehmlich das Interesse des Beklagten den Ausschlag gegeben, so würde man den Schutz der her. petitio schwerlich seiner Initiative und seinem Belieben überlassen haben.[96])

---

95) Dernburg a. a. O. S. 11—25. Besonders ansprechend ist die Verweisung auf einen von Ulpian in l. 13 §. 4 de her. pet. allerdings in einer andern Specialbeziehung geltend gemachten Gesichtspunkt: „ne (reus) singulis judiciis vexaretur." Zustimmend: Francke, her. pet. S. 85 ff., Unger, österr. Erbr., §. 53, S. 246 (mit manchen noch tiefer reichenden Bemerkungen), Arndts Pand. § 534. Unbestimmter: Wetzell, S. 806, Anm. 50.

96) Für eine Theorie, welche die exc. praejud. für eine von Amtswegen zu beachtende exceptio ausgab, mußte dieser Gesichtspunkt freilich keinen Werth haben.

Digitized by Google

b) Weßhalb die exceptio praejudicii, außer auf die Erbschafts-, auch noch auf die Grundeigenthumsklage erstreckt worden sein mag, finden wir zwar in den Quellen nicht auseinandergesetzt. Es ist aber auch ohnedieß offenbar, daß bei dieser zweiten Präjudicialeinrede ebenfalls die Rücksicht auf die „auctoritas hujus judicii" maßgebend gewesen ist. Daß, wie dem Grundeigenthum selber, als der Basis des ganzen Vermögens, so auch den Rechtsmitteln zum Schutze desselben ein außergewöhnliches Gewicht, eine besondere Sorgfalt und eigenthümliche Veranstaltungen gebühren, davon legt jedes Rechtssystem Zeugniß ab, und wenn auch die Präponderanz des Grundeigenthums im römischen Recht keine so übermäßige wie z. B. im germanischen und englischen Recht[97]) ist, so stellt sie sich doch immerhin als bedeutend genug dar, um den besonderen Schutz, den die Grundeigenthumsklagen durch die exceptio quod praejudicium praedio (fundo partive ejus non fiat) erhalten haben, als erklärlich und wohlbegründet erscheinen zu lassen.[98]) Ich erinnere nur an die Auszeichnung der Grundstücke als res mancipi, an die Eigenthümlichkeiten der usucapio fundi, an die Besonderheiten der Prädialservituten, an die cautio damni infecti, operis novi nunciatio, actio aquae pluviae arcendae, actio finium regundorum, vor

97) S. die höchst interessanten Mittheilungen von Gundermann, engl. Privatrecht, 1. Th. 1864, namentlich S. 318, 331 ff. Selbst ähnliche Einreden, wie die exc. praejud., hat das engl. Recht zum Schutz dieser Processe und sogar auch zum Schutz der Erbrechtsstreitigkeiten hervorgebracht. Darauf kommen die Einreden bei Gundermann S. 339 ff. (s. die dort citirten Glanvilla lib. 13 c. 11 §. 7, Bracton, fol. 271, 278b) hinaus.

98) Wetzell, der röm. Vindikationsproceß, 1845, läßt die besondere Bedeutung der fundi vindicatio nicht genug hervortreten.

Digitized by Google

allem aber an die deductio quae moribus fit,[99]) das interdictum uti possidetis und die recuperatorischen Interdikte. So hat denn auch neuerdings Rudorff aus guten Gründen die Vermuthung aufgestellt, daß dem Grundeigenthum und den Grundeigenthumsprocessen in dem römischen Rechts und Klagensystem eine hervorragende Stellung eingeräumt worden ist. Er hat gerade von diesem Gesichtspunkte aus Ordnung in viele der interessantesten Systemfragen zu bringen gewußt und in seiner Weise bemerkt, daß die exceptio quod praejudicium praedio non fiat aus jener vorwiegenden Bedeutung der Grundstücksvindikationen hervorgegangen und lediglich aus ihr erklärbar sei.[100]) In der

---

99) Vergl. als die neueste Abhandlung über diese viel besprochene Antiquität: Karlowa, Beitr. z. Gesch. des röm. Civilpr., 1865, S. 1—58. Gelegentlich dieser Frage ist namentlich die Bedeutung der Sacramentsproceßformel „Hunc ego hominem ex j. Qu. meum esse ajo secundum suam causam sicut dixi ecce tibi vindictam imposui" (Ga. 4, 16) ausführlich erörtert worden (Karlowa S. 12—18). Alle Interpreten (z. B. auch Ihering, Geist, 2. S. 612 u. 3 S. 87) haben sich hierbei an die selbstgeschaffene Interpunktion: „secundum suam causam sicut dixi: — „ecce tibi vindictam imposui" für gebunden erachtet und durch die Rückbeziehung des sicut dixi auf secundum suam causam sich unnöthige Schwierigkeiten bereitet, noch öfter aber daraus Hauptbeweisgründe für ihre jeweilige Ansicht von Sacramentsverfahren entnommen. Ich bitte aber doch einmal zu prüfen, ob es nicht viel näher liegend ist, die Interpunktion nach causam und vor sicut zu setzen: Hunc ego hominem ex j. Qu. meum esse ajo secundum suam causam: — sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui. Vergl. auch das später folgende Formular: „jus peregi, sicut vindictam imposui", das genaue Widerspiel der Behauptung: „sicut dixi, ecce vind. imposui". Die Correspondenz der Form (vergl. Ihering, Geist 2. S. 645 ff.) stellte sich nach beiden Seiten, nach vorwärts und nach rückwärts, als eine vollbewußte dar.

100) Rudorff, über die Julian. Ediktsredaktion, Zeitschr. f. Rechtsg. 3. S. 63 figg., insbesondere S. 67, 69. Freilich ist auch von Ru-

Digitized by Google

That haben die Römer dem „fundus“ nächst der „familia“ schon von alten Zeiten her einen Vorzug vor den „ceterae res“ in den mannigfachsten Beziehungen ertheilt. In der That ist die verwandte Behandlung von hereditatis petitio und fundi vindicatio in den Quellen sehr offenkundig.[101]) Kein Wunder, daß man auch die exceptio praejudicii, jenes Rechtsmittel, in der die „auctoritas der her. petitio“ ihren Ausdruck und ihre Garantie fand, auch der „auctoritas der fundi vindicatio“ nicht vorenthielt.

Die Analogie der Gründe, welche zur Einführung der exceptio praejudicii für Erbschafts- und Grundeigenthumsprocesse geführt haben mögen, ist aber sogar noch weiter verfolgbar: selbst die Vorzüge hinsichtlich der Centumviralgerichtscompetenz, selbst die Rücksicht auf das Interesse des Beklagten dürften bei der exceptio quod praejudicium praedio non fiat eine ähnliche Rolle spielen, wie bei ihrem Vorbilde, der exc. quod. praej. hereditati non fiat. Denn es ist gewiß keine zu kühne Conjectur, wenn man annimmt, daß die Zuständigkeit der Centumvirn sich wohl noch längere Zeit auch bezüglich der Grundeigenthumsprocesse erhalten habe; darauf weist z. B. die Notiz von Gaius

---

dorff der wahre Grund, weßhalb der praedii vindicatio nicht vorgegriffen werden darf, nicht correkt bezeichnet. Er spricht unter dem Einfluß der gewöhnlichen Verwechselung der Präjudicialeinrede mit dem Präjudicialdekret und der Klagen- mit der Proceßconcurrenz von der Verhütung „einer Abweichung von der natürlichen Ordnung“. Um die Ordnung der Processe handelte es sich bei dieser Einrede gar nicht, sondern um den zu besorgenden völligen Ausschluß der praedii vindicatio, s. unten Abschn. 5 Nr. I.

101) S. Rudorff, a. a. O. S. 63. — Auch stellt Gaius bei seiner Schilderung des Sacramentsverfahrens die fundi vel aedium vindicatio der vindicatio rei mobilis entgegen und mit der her. petitio zusammen: „similiter si de fundo vel de aedibus sive de hereditate controversia erat“ (4, 17).

Digitized by Google

4, 95 von dem centumvirale judicium in Verbindung mit dem Sponsionsbetrage von 125 Sest., der genau der höheren Sacramentssumme entspricht, deutlich hin, wenn man sich vergegenwärtigt, daß Grundstücke unter 1000 asses Werth zu den Seltenheiten gehört haben werden.[102]) Noch weniger zweifelhaft kann es sein, daß auch dieses Rechtsmittel dem Interesse des Beklagten diente. Ganz abgesehen von der deductio quae moribus fit, müssen schon das interdictum uti possidetis und die interdicta recuperandae possessionis, wenn man ihre Bedeutung richtig zu würdigen versteht,[103]) als Accidenzien der praedii vindicatio erscheinen, welche für den Beklagten genügenden Werth haben, um es unter Umständen wünschenswerth zu machen, daß der Kläger nicht den Weg der praedii vindicatio auf einem Schleichwege umgehe und so seinen Gegner um die vortheilhaftere Stellung bei der wahren und offenen praedii vindicatio bringe. Freilich wird dieß den Anhängern der herrschenden Theorie nicht gerade einleuchten. Wer in Folge der Verwechselung von Präjudicialeinreden und Präjudicialdekret auch die exceptio quod praejud. praedio non fiat für eine Proceßleitungsmaßregel hält und noch immer glaubt, sie verhüte „die Abweichung von der richtigen Ordnung"; wer das „Abhängigkeitsverhältniß" des Nebenpro-

---

102) Vergl. Wetzell, Vindikationsproceß S. 75 (gegen seine Normirung der Centumviralgerichtscompetenzsumme vergl. jedoch meine Inauguralschrift de praejud. formulis p. 15—17), Stintzing, Verh. der legis actio sacr. S. 47 ff., Bethmann-Hollweg, Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss., 5. S. 388, Civilproceß 1. S. 56 ff. (dessen glückliche historische Combination von Decemvirn u. Centumvirn mir untrüglich erscheint), S. 140, 141, Bd. 2. S. 57.

103) Vergl. die gleichzeitig mit dieser Schrift erscheinende Abhandlung von Ihering, Beiträge zur Lehre vom Besitz, Jahrb. f. Dogmatik 9. S. 1 ff.

Digitized by Google

cesses von der praedii vindicatio für das maßgebende Kriterium hält, der darf nicht davon sprechen, daß es sich um ein Privatrecht des Beklagten handelt, wie er denn überhaupt diese exceptio nicht für eine ächte exceptio ansehen dürfte. Auch in dieser Beziehung kommt man erst zu klarer Einsicht und consequenter Darstellung, wenn man sich von den Vorurtheilen, welche vom Präjudicialdekret her über die exceptio praejudicii herrschen, offen losgesagt und davon überzeugt hat, daß diese Einrede ein materielles Rechtsmittel ist, welches nimmermehr die Ordnung und Reihenfolge mehrerer Processe reguliren, sondern unberechtigte Klagen zurückweisen und den Beklagten vor unbilligen Verkürzungen in seinem Recht behüten soll. Denn die beiden Präjudicialeinreden finden, wie weiter unten (Abschnitt 5 Nr. 1) näher gezeigt werden wird, nur in Fällen statt, wo der Kläger gerade denselben Zweck, den er durch die Hauptklage erreichen könnte, durch eine andere concurrente (nicht bloß connexe) Klage verfolgt, wo er sich also, wenn er mit letzterer Klage durchdränge, die Hauptklage völlig ersparen und den Beklagten um die Vortheile, welche ihm diese gewährt, betrügen würde. Dieser Betrug soll durch die exceptio praej. verhütet werden.

c) Daß endlich auch die dritte und letzte Präjudicialeinrede, welche noch zu Cicero's Zeit bestanden hatte auf speciellen Gründen beruhte: daß sie nur in Anbetracht des Vorranges, der einer Criminalanklage vor der concurrenten Civilstrafklage gebührt, eingeführt worden ist, darüber wird nach der ausführlichen Besprechung, der wir diese Fragen oben (S. 176 ff.) unterzogen haben, keine weitere Bemerkung erforderlich sein. Nur mag daran erinnert werden, wie genau auch hier die Analogie der Gründe für die exc. quod praejudicium hereditati non fiat zutrifft: die Rücksicht auf die auctoritas des öffentlichen Gerichts und die Beurtheilung dieser Verhältnisse vom Standpunkt des

Digitized by Google

Privatinteresses der Beklagten. Wir haben sogar gesehen, daß, als in späterer Zeit die privatrechtliche Beurtheilung öffentlicher Interessen unhaltbar wurde, mit diesem zur Aufstellung exc. quod judicio publico non fiat wesentlichen Faktor auch diese Einrede in Wegfall gekommen ist und nur noch jene beiden zuerst erörterten Präjudicialeinreden bestehen geblieben sind: ein Vorgang, der gewiß eins der sichersten Zeugnisse für die Folgerichtigkeit und Sauberkeit der römischen Rechtsentwicklung ist.

Die vorstehenden genauen Nachweisungen über die ausnahmsweisen Gründe, welche zur Einführung der exc. praejudicii für die besonderen Fälle der her. pet., der praedii vindicatio, und der publica judicia Veranlassung gegeben haben, schneiden jede Möglichkeit ab, die willkürliche und, wie sich an ihren praktischen Ergebnissen hinlänglich erwiesen hat, höchst verfängliche Theorie von der Existenz einer generellen, zu Gunsten aller Processe statthaften Präjudicialeinrede noch länger in Schutz zu nehmen. Durch die Erfahrung belehrt, daß dieser tief eingewurzelte Irrthum eine besonders scharfe Widerlegung erfordert, darf ich es aber nicht versäumen, noch schließlich auf den wunderlichen Widerspruch hinzuweisen, in den man geräth, wenn man sich bemüht, bei der exceptio praejudicii die speciellen Gründe, welche zur Einführung dieses Rechtsmittels gerade für die her. pet. und praedii vindicatio genöthigt haben, die Rücksicht auf das Centumviralgericht ꝛc. zu entwickeln, und doch nicht davor zurückscheut, wenige Zeilen später die Meinung aufzustellen und auf das lebhafteste zu vertheidigen, daß jenes Rechtsmittel gar keine Besonderheit der her. pet. sei, vielmehr wegen aller und jeder wichtigeren Klagen stattfinde! So nimmt man so-

Digitized by Google

fort wieder bereitwillig zurück, was man kurz zuvor mit vielem Aufwand von Mühe zu behaupten gesucht hat.[104]) Um so auffallender wird die Hartnäckigkeit, mit der man auf diesem Widerspruche bestehen bleibt.

Nach alledem glaube ich nicht zu weit zu gehen, wenn ich das Festhalten an der generellen Geltung der exceptio praejudicii als ein besonders starkes Beispiel für die Kraft des wissenschaftlichen Beharrungsvermögens betrachte.[105])

---

104) Dieß gilt mehr oder minder von allen Autoren, die über diese Lehre geschrieben haben, namentlich aber von Planck, Wetzell, Francke und selbst von Dernburg. Denn wenn letzterem auch das große Verdienst gebührt, zuerst das Anwendungsgebiet der exc. quod praejud. hereditati non fiat im Einzelnen richtig begrenzt zu haben, so ist er doch ebenfalls noch in der Verwechselung von Präjudicialdekret und Einrede befangen, also auch zur Generalisirung der letzteren genöthigt gewesen. Ja er hat sogar die Gleichstellung der exc. praejudicii mit andern generellen Präjudicialmaßregeln noch viel weiter, als gewöhnlich geführt, indem er meint, es hätte neben einander vier, beziehungsw. fünf Mittel und Wege gegeben, um dasselbe generelle Präjudicirungsverbot zu realisiren: praetoria cognitio, arbitri datio, praescriptio s. exceptio praejudicii pro reo und noch gar eine dergleichen praescriptio pro actore! S. dagegen die ausführlicheren Erörterungen in diss. cit. p. 8 seqq. u. not. 37 ibid.

105) Es ist nicht ohne Interesse, sich einmal die Genesis dieser so lange Zeit herrschenden und so hartnäckig festgehaltenen, praktisch so gefährlichen Irrlehre im kurzen Rückblick zu vergegenwärtigen. Sie ist offenbar folgendermaßen entstanden. Man fand in den Quellen ein generelles und absolutes Präjudicirungsverbot (l. 54 de jud.) und daneben die zwei speciellen Präjudicialeinreden vor. Die Versuchung, diese beiden Einreden nur für vereinzelte Anwendungsfälle jenes Generalverbots anzusehen und sie demgemäß ebenfalls zu generalisiren, lag nahe. Man mußte dieser Versuchung erliegen, wenn man folgende Fehler beging: 1) daß man, verblendet durch die Proceßeinredentheorie, über den Unterschied von Officialverfahren — worauf doch allein jenes absolute Präjudicirungsverbot berechnet sein konnte — und dem damit völlig unvereinbaren Einspruchsverfahren hin-

Digitized by Google

Fünfter Abschnitt.

Die sachliche Natur der Präjudicialeinreden.

I. Recapitulation. — Das Präjudicialdekret ein Regulator der Proceßconcurrenz. — Die exc. praejud. ein Regulator der Klageconcurrenz. — Uebliche Vermengung von Proceß- und Klageconcurrenz. — Unterschied von Connexität und Concurrenz. — Nachweis im Einzelnen. — Resultate. — Uebernahme der exc. praejud. in die Lehre von der Klageconcurrenz. — Vortheile dieser Uebertragung. — Wesentliche Vereinfachung des Proceß- und des materiellen Rechts.

Durch die vorangeschickte Revision der Präjudicialeinredentheorie ist die Aufgabe, welche wir uns am Anfange dieses Kapitels gestellt haben, zur Lösung gebracht. Nachdem die exceptio praejudicii richtig begrenzt ist, kann über ihre sachliche Natur kein Zweifel mehr obwalten.

Man hatte bisher die exceptio praejudicii für eine Maßregel angesehen, durch welche die Concurrenz zweier Processe regulirt werden solle. Bei dieser Auffassung war der Irrthum, daß diese exceptio eine Proceßeinrede sei, allerdings unvermeidlich. Die Lehre von der Proceßconcurrenz ist unstreitig eine rein processualische: sie betrifft eine Proceßvoraussetzung und bildet einen wesentlichen Bestandtheil des Civilproceßrechts.

Es hat sich aber herausgestellt, daß jene Auffassung nicht richtig ist. Die exceptio praejudicii, von welcher

---

wegsah; 2) daß man es für gleichgültig hielt, ob eine Maßregel zu Gunsten eines wirklichen oder eines bloß möglichen Processes stattfindet; 3) daß man es unterließ, an die praktischen Consequenzen jenes Lehrsatzes zu denken. — Man wird eingestehen müssen, daß diese zu Hülfe gekommenen Fehler größer als die Versuchung selbst waren!

Digitized by Google

man in der Civilproceßtheorie bei der Lehre von der Proceßconcurrenz zu sprechen pflegt, existirt gar nicht. Eine solche exceptio gibt es so wenig, wie es eine exceptio fori gibt. Was man bisher „exceptio praejudicii“ zu nennen beliebte, ist in Wahrheit ein anderes, davon völlig verschiedenes Institut: das Präjudicialdekret. Für die zweckmäßigste Reihenfolge zwischen zwei wirklichen Processen hat das Gericht in Folge seiner Proceßleitungspflicht stets schon von Amtswegen zu sorgen. Die Cognition über die Proceßconcurrenz gehörte im römischen Verfahren vor das Tribunal des proceßeinleitenden magistratus, in das Verfahren in jure, in die Vorbereitungsinstanz, in welcher über alle Proceßvoraussetzungen endgültig entschieden wurde. Sie durfte nie in den Exceptionsweg, in das judicium, in die Haupt- und Sachverhandlung verwiesen werden.

Die beiden Präjudicialeinreden, welche in Wahrheit existiren, stehen zu der Lehre von der Proceßconcurrenz in keinerlei Beziehung. Bei diesen Einreden ist von einer Concurrenz, von einer Reihenfolge zwischen *zwei Processen* nicht die Rede. Es handelt sich immer nur um einen *einzigen* Proceß: bloß der eine Anspruch, die causa minor, ist bereits eingeklagt. Der *andere* Anspruch, die causa major, ist noch gar nicht zum Proceß erwachsen: er *darf* noch gar nicht eingeklagt sein, wenn es zur exceptio praejudicii kommen soll: futuri enim judicii nomine hujus modi exceptiones comparatae sunt.

Also nicht zwei *Processe* bestehen nebeneinander, nicht zwei judicia concurriren mit einander. Es handelt sich lediglich um das Nebeneinanderbestehen zweier *Ansprüche*, um die *Concurrenz zweier Klagrechte* (actiones im materiellen Sinne). Das eine Klagrecht muß zu Gunsten des andern zurückstehen. Es soll dem wichtigeren Klagrecht nicht durch ein unwichtigeres vorgegriffen werden. Dieß ist der Zweck der exceptio praejudicii. Die Präju-

Digitized by Google

dictaleinrede ist ein Regulator der Klagen-, nicht der Proceßconcurrenz.

Schon wiederholt habe ich Veranlassung gehabt, darauf hinzuweisen, wie sehr unsere Proceßtheorie durch die Verwechselung von actio und judicium, von Klagrecht und Proceß irre geführt worden ist. Aus dieser Verwechselung erklärt es sich nicht bloß, daß man die exceptiones dilatoriae für proceßhindernde, anstatt für rechtshemmende Einreden angesehen hat, sondern auch, daß man die exc. procuratoria, litis dividuae und rei residuae noch immer für Proceßeinreden hält.[106]) Auf demselben Versehen beruht auch die Verkennung der exceptio praejudicii. Man hat fortwährend die Klagenconcurrenz mit der Proceßconcurrenz vermengt. Man behalf sich mit dem zweideutigen Ausdruck „Proceßsache", „causa major", „causa minor", verstand darunter bald den eingeklagten Anspruch selbst, bald nur den Proceß, und kam so zu der unsäglich verworrenen Gesammttheorie von der „Connexität der Proceßsachen" mit ihren Unterarten „materielle" und „formelle Connexität".[107]) Obgleich man in neuester Zeit

106) Eben daher schreibt sich auch die Vermengung von Proceß- und Sachlegitimation und noch mancherlei anderes Irrige in der Grenzscheidung zwischen Privatrecht und Civilproceßrecht, was namentlich in der Lehre von den örtlichen Grenzen der Rechtsregeln zu vielen praktisch gefährlichen Consequenzen führt, z. B. dazu, daß man die Klagbarkeit eines Rechts, insbesondere die Klagverjährungsfrage, nach der lex fori beurtheilt, s. z. B. Mittermaier, Archiv f. civ. Praxis, 13. S. 306, Brackenhöft, Erörterungen, §. 61, Heimbach, Rechtslexicon, 8. S. 575, Seuffert, Archiv, 16, Nr. 90 (Rostock). — Ueber den Irrthum hinsichtlich des aliud pro alio petere s. unten Nr. II. a. E.

107) S. z. B. Martin, Lehrb., §. 26—32, „von den Eigenschaften wahrer bürgerlicher Proceßsachen", insbesondere von den „relativen Eigenschaften a) nicht connexer Sachen (§. 27), b) der connexen Sachen a) überhaupt (§. 28), b) insbesondere, 1) von bloß formell connexen (§. 29), 2) materiell zusammenhängenden." Unter letzteren finden denn (§. 31) die „präjudiciellen" Sachen, d. h. die Theorie

Digitized by Google

begonnen hat, sich von dieser sinnlosen Terminologie loszusagen, so besteht doch die frühere innerliche Unklarheit noch trotzdem fort. Im Zusammenhange damit steht der andere Irrthum: die Verwechselung der Begriffe Connexität und Concurrenz. Man meint noch immer, es handele sich bei der exceptio praejudicii um den ersteren

vom Präjudicialdekret und der Präjudicialeinrede, beides in buntester Vermischung, endlich ihr Unterkommen. Unter „formeller Connexität der Proceßsachen" verstand man die vereinigte Verhandlung, also das Connectiren zweier innerlich verwandter Processe! Mit demselben Recht und mit nicht weniger Geschmack könnte man z. B. das Heirathen als „formelle Liebe" bezeichnen. — In genauester Uebereinstimmung mit der Theorie von Märtin steht die von Linde, Civilpr., §. 52—57, Morstadt, Civilproceßschlüssel, §. 54, und auch die von Brackenhöft, Identität u. Connexität der Rechtsverhältnisse, ist nicht viel besser. Der bedeutende Fortschritt der Gesammtlehre durch Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten, 1844, ist gerade bezüglich der Präjudicialtheorie am geringsten gewesen: hier haftet in der Vermengung von Präjudicialdekret und -einrede jener Grundfehler noch fest, der selbst aus der Wetzell'schen Darstellung §. 64 (wo denn auch immer noch von den Processen als „Proceßsachen", causa major, minor, die Rede ist) noch so deutlich herausblickt. Bayer (§. 15—17, „Verhältniß mehrerer Civilstreitsachen zu einander"), vor Allen aber Osterloh, 1856 §. 13 („Zusammenhang der Rechtssachen"), haben sich durch Planck in der früheren Verwirrung nicht stören lassen. Bayer schlägt z. B. für „formelle Connexität" als noch „passender" den Ausdruck „continentia extrinseca" im Gegensatz zur „contin. intrinseca" vor, und Osterloh (S. 16) kennt sogar noch eine gemischte Connexität: „Werden mehrere materiell connexe Rechtssachen gemeinschaftlich verhandelt, so ist die Connexität eine gemischte, continentia causarum mixta." Ebenso gut dürfte man sagen: „Heirathen sich zwei sich liebende Personen, so ist die Liebe eine gemischte, amor mixtus." — Völlige Klarheit wird sich in die ganze Lehre vom Zusammenhange der Processe erst durch eine gründliche Revision vom Gesichtspunkt der „Proceßvoraussetzungen" aus bringen lassen.

Digitized by Google

Begriff, während dieser doch allein beim Präjudicialdekret zutrifft.

Das Verwandtschaftsverhältniß zwischen den beiden Klagen ist bei der exceptio praejudicii ein wesentlich anderes, engeres, als beim Präjudicialdekret. Letzteres setzt nur voraus, daß den beiden Klagen die Begründung ganz oder zum Theil gemeinsam sei. Diese Voraussetzung trifft zwar auch bei der exc. praejud. zu: die beiden Klagen stützen sich allerdings immer auf dasselbe Fundament, beiden liegt dieselbe Erbrechts-, Grundeigenthums-, Verbrechensfrage zu Grunde. Dieser „gemeinschaftliche Punkt" genügt aber noch nicht, um die Einrede zu begründen. Die Erfordernisse sind bei weitem strenger. Außer der Begründung muß auch noch der Zweck und der Erfolg beider Klagen gemeinschaftlich sein, d. h. es muß eine wahre und ächte Concurrenz, nicht bloß Connexität oder continentia causarum vorliegen. Das Präjudicialverhältniß bei der exceptio praejudicii ist nichts anderes, als ein Concurrenzverhältniß zwischen zwei Klagrechten, von denen das eine vor dem andern den Vorzug erhalten soll.

Der Beweis hierfür liegt zwar schon im Wesentlichen in den Specialuntersuchungen des vierten Abschnitts vor. Um jedem Zweifel vorzubeugen, mögen hier aber noch folgende nähere Ausführungen Platz finden.

a) Exceptio quod praejudicium hereditati non fiat. — Im dritten Abschnitt (S. 135—149) sind die Fälle zusammengestellt, in denen ein Präjudiz von einer anhängigen her. pet., vermittelst des Präjudicialdekrets, abgewendet wird. Dieß geschieht im weitesten Umfange. Das Präjudicialdekret tritt den mannigfachsten Nebenklagen in den Weg, gleichviel, ob sie von demselben Kläger angestellt sind, gleichviel welchen Endzweck sie verfolgen und gegen wen sie gerichtet sind. Die einzige Voraussetzung ist die Con-

Digitized by Google

nexität: es genügt, daß der Nebenklage ein Theil der Begründung mit der her. pet. gemeinschaftlich ist (quum ea quaestio in judicium deducitur, quae vel tota vel ex aliqua parte communis est quaestioni de re majori).

Anders verhält es sich dagegen mit demjenigen Präjudicialrechtsmittel, welches zum Schutz einer erst bevorstehenden, möglichen her. petitio dient, mit der exceptio, quod praej. her. non fiat. Alle jene bloß connexen Klagen, die hinter einem wirklichen Erbschaftsproceß zurückstehen müssen, erleiden wegen der bloßen Möglichkeit eines solchen Processes noch keinerlei Hemmung. Ist der Erbschaftsproceß noch nicht eingeleitet, so kommt überall das Erbrecht unbedenklich als Incidentpunkt zur Entscheidung. Die Untersuchung der Erbrechtsfrage ist keineswegs ausschließlich für das Verfahren über die her. petitio reservirt. Davon zeugen die unzähligen hereditariae actiones, die actiones ficticiae für und gegen die bonorum possessores, die mancherlei Einreden, welche gerade gegen die Erblegitimation gerichtet sind,[108]) deutlich genug.[109])

Das Präjudicialverhältniß, welches durch die exc. quod praej. her. non fiat regulirt wird, hat eine viel beschränktere Bedeutung. Nach den gründlichen, von allen Seiten für richtig befundenen Ausführungen Dernburgs[110]) steht es fest, daß diese Einrede nur zulässig ist, wenn ein zur Erbschaft gehöriger Gegenstand anstatt mit der her. pet., mit einer andern Klage (Vindikation, Schuld- oder Erbtheilungsklage) eingefordert wird, während

108) S. oben S. 61, 62, 63.

109) Vergl. oben auch S. 129—133, S. 142—149 und l. 19 §. 1 de her. pet. (Francke, her. pet. ad h. l.), l. 1 §. 2 si pars her. vind. 5, 4, l. 7 C. de her. pet. 3, 31.

110) Verh. der her. pet. zu den erbschaftl. Singularklagen, Heidelb. 1852. Vergl. Brinz, Pand. S. 699—703, Unger, Erbr., §. 53, S. 245 bis 250, §. 44 S. 193 und Jhering, Geist 3 S. 85, 86.

Digitized by Google

1) zwischen den Parteien selbst Streit über das Erbrecht ist,[111]) und überdieß
2) der Beklagte sich im Besitz des Nachlasses befindet.[112])

Durch diese speciellen Voraussetzungen wird das Anwendungsgebiet der Einrede in sehr enge Grenzen gewiesen und ihre eigentliche Funktion scharf gekennzeichnet. Eine Nebenklage, durch welche ein im Nachlassenschaftsbesitz befindlicher Erbschaftsprätendent von einem anderen Erbprätendenten belangt wird, hat einen gleichen Inhalt und einen gleichen Erfolg, wie die her. pet. selbst, sie ist nur eine versteckte Partialerbschaftsklage,[113]) welche der wahren und offenen Universalerbschaftsklage empfindlichen Abbruch thun, ihr eine gefährliche Concurrenz machen würde. Das soll die exc. praejudicii verhüten. Nicht ein bloßes Connexitäts-, sondern ein volles und echtes Concurrenzverhältniß liegt dieser Einrede zu Grunde: es kommt nicht bloß auf die Gemeinschaft der Begründung, sondern auf die eine Gemeinschaft des Zwecks an. Die exc. quod praej. her. non fiat schützt die her. pet. vor ihren Concurrenzklagen — nicht aber etwa vor allen „connexen" Klagen.

Die Hereinziehung des Connexitätsbegriffs in die Theorie der Präjudicialeinrede schreibt sich wieder bloß aus der leidigen Verwechselung dieses Rechtsmittels mit dem Präju-

111) S. hierüber insbesondere Francke, her. pet. S. 87, 95, S. 145 ff.; dem ich in der Beschränkung der exc. praej. auf den Fall, daß beide Parteien Erbprätendenten sind, nur beistimmen kann. S. auch l. 19 §. 1, l. 42 de her. pet., l. 7 C. eod. und namentlich schol. 3 ad Bas. 42, 1 Nr. 19, u. schol. 2 eod. Nr. 69 (Heimb. IV. p. 205, 241).

112) S. namentlich l. 1 §. 1 fam. herc. (oben S. 131 ff.) u. l. 1 §. 2 si pars her. vind.

113) Ein „aliud genus judicii", wie Ga. 4, 133 sich ausdrückt.

Digitized by Google

dicialdekret her. Hier, aber auch nur hier, ist er vollkommen zutreffend.[114])

b) Exceptio quod praejudicium praedio (fundo partive ejus) non fiat. —

Die zweite Präjudicialeinrede wird von Afrikan (l. 16 de exc. s. oben S. 172—174) für zulässig erklärt, wenn eine Wegegerechtigkeit eingeklagt wird und das praedium dominans sich im Besitze des Beklagten befindet, welcher selbst Eigenthümer desselben zu sein behauptet (fundum Titianum possides, de cujus proprietate inter me et te controversia est). Hier gelten also bezüglich des Grundeigenthums genau dieselben Voraussetzungen, wie oben bezüglich der Erbschaft: es muß

1) das Grundeigenthum zwischen den Parteien selbst streitig sein und
2) der Beklagte das Grundstück besitzen.

Wäre die Connexität zur Begründung dieser Präjudicialeinrede ausreichend, so hätten jene Limitationen keinen Sinn. Ob der Beklagte das Eigenthum an dem Grundstück für sich selber in Anspruch nimmt, ob er dasselbe auch besitzt, das ist für die Verwandtschaft der actio confessoria mit der praedii vindicatio gleichgültig: diese beiden Klagen sind unter allen Umständen mit einander verwandt, die Eigenthumsfrage ist stets beiden Klagen gemeinsam.

Durch jene beiden Voraussetzungen wird auch für die zweite Präjudicialeinrede eine Gemeinschaft des Zwecks, nicht bloß der Begründung erfordert. Die exc. quod praejud. praedio non fiat tritt nur solchen Confessorien-

---

114) Auch Francke (S. 79 ff.) spricht immer noch bei der exc. praejudicii von bloßer Connexität: davon, daß die Erbrechtsfrage in keinem andern Processe als „Incidentfrage" entschieden werden dürfe, indem er dabei, im offensten Widerspruch mit seinen eigenen Limitationen (zu l. 7 de her. pet.) auf unsere Einrede hindeutet (S. 95).

Digitized by Google

klagen entgegen, welche zu demselben Erfolge führen würden, wie die praedii vindicatio. Der Confessorienrichter, der im Fall der l. 16 de exc. dem Kläger die Wegegerechtigkeit zuspräche, würde dadurch nicht etwa blos dessen Eigenthum an dem vom Beklagten besessenen praedium dominans anerkennen, sondern ihm dieses Grundstück geradezu wieder verschaffen. Denn die Erlaubniß, sich der Wegegerechtigkeit zu bedienen, schließt nothwendig auch die Erlaubniß, das praedium dominans zu betreten und als eigenes zu benutzen, in sich. Wäre dieß nicht der Fall, so würde die Zusprechung der Servitut ohne jeden Werth und ohne jede Bedeutung, nichts als ein hohles, leeres Wort sein: es handelt sich ja um eine Realservitut, um eine Gerechtigkeit, die man nur vermittelst des praedium dominans und von diesem aus, d. h. als Besitzer desselben ausüben kann. Wenn die Realservitut nur eine „Qualität des Grundstücks", ein „praedium qualiter se habens" ist (l. 86 de V. S.), so muß auch durch die Zuerkennung der Servitut das so qualificirte praedium dominans selbst dem Kläger zu- und dem Beklagten abgesprochen werden. Im Inhalt und im Zweck mit der praedii vindicatio übereinkommend, wäre eine solche Confessorienklage nichts anderes, als eine verschleierte Eigenthumsklage, eine ächte Concurrenzklage für die praedii vindicatio. Die exc. quod praejud. praedio non fiat soll die praedii vindicatio vor dieser Concurrenz, vor dieser Gefahr der Umgehung schützen. Sie ist in jeder Beziehung ein Ebenbild der exc. quod praejud. hered. non fiat. Dasselbe gilt endlich auch

c) von der exceptio quod in reum capitis praejudicium non fiat und von der denegatio actionis, welche im classischen Recht an die Stelle jener Einrede getreten ist. Diese Maßregeln finden nicht etwa bei allen Civilklagen statt, die sich auf ein auch im Wege des Criminalprocesses verfolgbares Verbrechen gründen. Die bloße Connexität

Digitized by Google

genügt auch hier wieder nicht.[115]) Vielmehr wird vorausgesetzt, daß die Civilklage nicht bloß

1) denselben Thatbestand, wie das publicum judicium betrifft, sondern auch
2) denselben Zweck, nämlich Strafe (vindicta) verfolgt (ubi principaliter de ea re agitur, quae habet publicam animadversionem),

zwei Voraussetzungen, welche den für die beiden andern Präjudicialeinreden vorgeschriebenen Requisiten auf das genaueste entsprechen. Auch hier handelt es um eine Klagenconcurrenz im strengsten Sinne des Wortes. Wie es sich damit des näheren verhält: wie sich dieses eigenthümliche Hinübergreifen von Civilprocessen in den Bereich des Criminalprocesses geschichtlich erklärt, ist bereits genauer entwickelt worden (S. 177 ff.).

So hat sich denn der Gesichtspunkt der Klagenconcurrenz bei sämmtlichen drei Präjudicialeinreden als vollkommen zutreffend erwiesen. Ueberall handelt es sich um eine unwichtigere Klage (rei vindicatio oder actio familiae herciscundae — actio confessoria — actio injuriarum), durch welche derselbe Endzweck verfolgt wird, der auch durch eine andere wichtigere Klage (hereditatis petitio — praedii vindicatio — accusatio publico judicio) erreicht werden könnte. Die exceptio tritt der unwichtigeren Klage entgegen, um sie auszuschließen (excludere)[116]) und den Kläger auf die concurrente wichtigere Klage zu beschränken: sie verhütet, daß letztere auf Seitenwegen umgangen werde (per alios tramites viam hereditatis petitionis [praedii vindicationis, publici judicii] infringi): sie wird zur Hülfe gezogen, um das Gebiet der Hauptklage vor Eingriffen zu schützen (exceptio assumebatur quae tuebatur

115) S. oben Anm. 86.
116) S. l. 1 §. 1 fam. herc. (S. 132).

Digitized by Google

hereditatis petitionem [praedii vindicationem, publicum judicium]) und ein Vorgreifen abzuwenden (ne fieret ei praejudicium).[117])

Durch den Begriff der Klagenconcurrenz haben wir denjenigen Gesichtspunkt gewonnen, von dem aus sich das Wesen der exceptio praejudicii am vollständigsten und leichtesten erfassen läßt. Durch den Begriff „Klagenconcurrenz" wird die Sphäre der Präjudicialeinrede eben so richtig angegeben, wie das Gebiet des Präjudicialdekrets durch den Begriff „Connexität" gekennzeichnet wird. Dort führen zwei Wege nebeneinander zu demselben Ziele: hier kreuzen sich zwei zu verschiedenen Zielen führende Wege in einem gemeinsamen Punkte. Dort wird der eine Weg völlig versperrt, nur der andere darf beschritten werden. Hier dagegen wird man auf dem einen Wege nur so lange aufgehalten, bis der auf dem anderen Wege befindliche Proceß vorüber passirt ist. Abschneiden eines Seitenweges ist die Tendenz der Präjudicialeinrede, Aufenthalt auf einem Queerwege die Tendenz des Präjudicialdekrets.

Es ist dringend nöthig, daß man diese beiden von Grund aus verschiedenen Institute gehörig von einander sondert: es ist dringend geboten, daß man endlich aus der herkömmlichen Verwechselung der disparatesten Dinge, von Proceßconcurrenz und Klagenconnexität einer- und von Klagenconcurrenz andererseits herauskommt und darauf verzichtet, die Proceßconcurrenzlehre durch die Hereinziehung der nur auf die Klagenconcurrenz bezüglichen exceptio praejudicii zu verwirren.[118])

---

117) L. 12 pr. C. de her. pet. (S. 170—172).

118) Das römische Recht und die römischen Juristen haben wahrlich nicht den Vorwurf verdient, den Pernice (krit. Zeitschr. 5, S. 418) ihnen macht, indem er zugesteht, „daß die alte Lehre manches Unklare und

Digitized by Google

Wie sehr die Civilproceßtheorie durch die Ausscheidung dieser Einrede an Klarheit und Folgerichtigkeit gewinnt, liegt offen zu Tage. Durch die Beschränkung auf das Präjudicialdekret kommen alle jene irre führenden und unsicheren Limitationen hinsichtlich actio nata und der Activ- und Passivlegitimation (Wetzell oben S. 188—190) einfach in Wegfall. Die processualische Präjudiciallehre reducirt sich auf den klaren kurzen Satz:

> Von zwei connexen (wirklich anhängigen) Processen muß der wichtigere vor dem unwichtigeren abgeurtheilt werden (per minorem causam majori cognitioni praejudicium fieri non oportet).[119])

Die materielle Präjudiciallehre, d. h. die exceptio praejudicii, gehört dagegen, gleich allen übrigen Exceptionen, gleich allen andern von der actio im materiellen Sinne geltenden Grundsätzen, in das materielle Recht. Sie ist aus dem Civilproceßrecht in das Pandektenrecht, aus der Pro-

---

Mangelhafte enthält," aber meint, „diese Unklarheit liege in der Sache selber." Die Schuld lastet nicht auf der Sache, nicht auf dem römischen Präjudicialrecht: dieses ist von einer bewundernswerthen Klarheit und Folgerichtigkeit. Die Schuld lastet lediglich auf der alten mißverständlichen Lehre und den Anhängern und Vertheidigern derselben.

119) Es bleibt bei der systematischen Darstellung der processualischen Präjudiciallehre nur noch anzugeben, was unter einem „wichtigeren Proceß" (major cognitio) zu verstehen ist. In der Bestimmung dieses Begriffs ist den Darstellungen von Planck und Wetzell (S. 804—809) völlig beizustimmen (A. A. scheint Francke S. 81 ff.). Nur muß man den dort entwickelten Begriff von Präjudicialnexus jedenfalls auf das Präjudicialverhältniß zwischen zwei wirklichen Processen beschränken. In soweit er von Planck u. Wetzell auf das Präjudicialverhältniß zwischen zwei Klagrechten ausgedehnt wird, ist er in jeder Beziehung unrichtig.

Digitized by Google

ceß- in die Klagenconcurrenzlehre herüber zu nehmen. Diese Verpflanzung kommt beiden Rechtsdisciplinen gleich sehr zu Statten. Was dort als üble, lästige Beigabe empfunden wurde, das wird hier, an seinem richtigen Ort, zum erheblichen Gewinne. Nicht bloß die Lehre von der her. petitio und der Grundeigenthumsklage, sondern namentlich auch die Lehre von der Klagenconcurrenz erhält durch die Einreihung der Präjudicialeinreden erst ihre vollständige Ergänzung. In diesen Einreden kommt eine eigenthümliche und sehr interessante Modifikation der gewöhnlichen Klagenconcurrenzgrundsätze zum Vorschein, die, weil sie im Proceßrecht versteckt war, völlig übersehen worden ist.

Wenn mehrere Klagen (actiones im materiellen Sinn) auf einen und denselben Zweck hinauskommen (si concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine), so steht regelmäßig dem Kläger die Wahl zwischen ihnen frei. Er kann die eine oder die andere, ja sogar beide nebeneinander und nach einander anstellen. Nur wenn er durch die eine bereits seinen Zweck erreicht hat, d. h. wenn er wegen seines Anspruchs vollständig befriedigt ist, erledigen sich gewöhnlich die übrigen Klagen (cum alterutra actione rem servaverim, altera perimitur). So darf z. B. der Beschädigte sowohl im Wege der Delikts- als der Contraktsklage, Schadensersatz erlangen, der Eigenthümer sich seine Sache sowohl durch die rei vindicatio, als durch eine actio in personam, als durch ein Besitzinterdikt verschaffen, der Miteigenthümer seine Auslagen im Societäts- oder im Theilungsproceß liquidiren u. s. w., immer nur mit der Maßgabe, daß, wenn er auf dem einen Wege Leistung erlangt hat, er dasselbe Ziel nicht nochmals auf dem andern Wege erreichen kann.[120]) Jene Regel der freien Wahl gilt aber

120) S. Savigny, System 5 §. 231—236, Wächter, Handb. 2 §. 67, Arndts Pand. §. 105, Windscheid, Actio S. 31—37, vor allen andern aber Unger, österr. Privatr. 2 §. 117.

Digitized by Google

nicht, wie allgemein angenommen wird, in allen Fällen. Es bestehen Ausnahmen. Diese beruhen in den Präjudicialeinreden. „Ausnahmsweise Beschränkung der freien Wahl zwischen zwei concurrenten Klagen": das ist die Bestimmung und zwar die ausschließliche Bestimmung der exceptio praejudicii.

Durch die Herübernahme der exceptio praejudicii in das Civilrecht gewinnt aber nicht bloß das Civilproceßrecht an Einfachheit und das Civilrecht an Vollständigkeit, sondern diese Vortheile, namentlich der der Vereinfachung, kommen auch der Lehre von der exceptio praejud., an und für sich betrachtet, zu Statten. Die exc. praejud. selber gewinnt bei ihrer Uebersiedelung in das Pandektenrecht erheblich an Einfachheit und Gedrungenheit. Sie läßt unterwegs vielerlei unnöthigen Ballast, der ihr vom Proceßrecht, von der Präjudicialdekretsdoctrin, her anhaftet, fallen; an ihrem Ziel, in der Klagenconcurrenzlehre, angelangt, findet sie das, was für sie nöthig ist, bereits vor. Alle jene weitläufigen und mühseligen Aufzählungen der Erfordernisse für die exceptio praejudicii, wie sie sich noch bei Planck und Wetzell vorfinden, können hier, in der Klagenconcurrenzlehre, füglich als unnütz gestrichen werden. Denn jene Aufzählungen sind weiter nichts, als unbewußte und eben deßhalb schiefe und verwirrende, überdieß durch die beständige Hereinziehung der Präjudicialdekretsdoctrin und die willkürliche Generalisirung zum allergrößten Theil corrumpirte Recapitulationen der Merkmale des Begriffes „Klagenconcurrenz". Statt ihrer darf einfach auf diesen wohlbekannten Begriff selber verwiesen werden. Die Präjudicialeinredentheorie läßt sich hiernach, ähnlich wie die Präjudicialdekretstheorie, in einen knappen Satz erschöpfend zusammenfassen; sie lautet:

Alle Klagen, welche mit einer Erbschafts- oder Grundeigenthumsklage concurriren,

Digitized by Google

werden durch Einspruch des Beklagten beseitigt.[121])

II. Exclusions- und Consumtionswirkung der exc. praejud. — Die Legaldefinition von exceptio. — Interesse des Beklagten. — Uebereinstimmung mit den andern materiellrechtlichen Exceptionen. — Exceptio rei in judicium deducendae. — Vergleich mit der exc. excussionis und divisionis. — Specifische Richtung gegen die actio. — Wahl der unrichtigen Klage (aliud pro alio petere) kein Verstoß gegen das Proceßrecht. — Grund der früheren Präscriptionsform.

Bedarf es noch eines weiteren Beweises für die Behauptung, daß die exceptio praejudicii sich auf den eingeklagten Rechtsanspruch, auf die res in judicium deducta selbst, bezieht? Darf man eine Einrede, welche in die Lehre von der Concurrenz der Klagrechte gehört, eine Einrede, die, weit davon entfernt, das Zustandekommen des Processes zu verhindern oder hinauszuschieben, dasselbe vielmehr voraussetzt und den eingeklagten Anspruch selbst beseitigt, noch länger für eine Bemängelung einer Proceßvoraussetzung, für eine Proceßeinrede, ausgeben?

Ich befürchte keine bejahende Antwort. Es herrscht jedoch über die hier einschlagenden Grundfragen noch allge-

121) Gründe, diese Theorie h. z. T. für unpraktisch zu erklären; liegen nicht vor. Oben (Abschn. 4 S. 200 ff.) sind die innerlichen, noch heute gültigen Momente entwickelt, auf denen diese Ausnahmsbestimmungen beruhen, und die Bedürfnisse des Rechtslebens angedeutet, welche erst durch sie ihre Befriedigung finden. Vergl. wenigstens bezüglich der Erbschaftsprocesse Dernburg her. pet. S. 121 (dem jedoch in der Umwandlung der exc. quod. praejud. her. non fiat in eine exc. SC. Juventiani durchaus nicht beizustimmen ist, vergl. auch Brinz, Pand. S. 703), namentlich aber Unger, Erbr., §. 53 S. 245. Freilich vereinfacht sich im modernen Proceß, der keine Formelschranken kennt, das in Folge der exc. praejud. einzuschlagende Verfahren um ein Beträchtliches.

Digitized by Google

mein solche Ungewißheit, die Verwechselung zwischen Klagrecht und Proceß, zwischen res in judicium deducta und judicium — auf die sich ja die ganze Irrlehre von den Proceßeinreden schließlich zurückführen läßt — ist eine so gewöhnliche, daß es nicht überflüssig scheint, noch einige Bemerkungen anzufügen, welche die materiellrechtliche Natur der Präjudicialeinreden etwas näher beleuchten und dazu beitragen sollen, das Bild, welches wir von dieser Lehre entworfen haben, zum allseitigen Abschluß zu bringen.

Die exceptio praejudicii dient, wie jede andere exceptio, dazu, denjenigen Anspruch, welchen der Kläger behauptet und geltend macht, auszuschließen und zu entkräften. In den Fällen, wo diese Einrede begründet ist, stellt sich das Vindikationsrecht, — der Anspruch auf Erbtheilung, der Confessorienanspruch, das Anrecht auf eine Privatstrafe — als *unbegründet* heraus. Während der Regel nach (ipso jure) diese Ansprüche auch hier vollkommen zu Recht bestehen würden, so sollen sie doch ausnahmsweise (per exceptionem) in Wegfall kommen: der Vindikations- und Erbtheilungsanspruch ist hinfällig, in so weit und so lange er mit dem Erbschaftsanspruch concurrirt, der Confessorienanspruch, in so weit und so lange er mit dem Grundeigenthumsanspruch concurrirt u. s. w. Es ist nicht der *Proceß*, der einen Aufschub erleidet. Der Kläger hat nicht bloß auf dem eingeschlagenen Wege eine Weile zu *warten*. Dieser Weg wird ihm geradezu *verlegt* und *abgeschnitten*, weil er kein Recht hat, auf ihm zu seinem Ziele, zum Besitz der Erbschaftssachen, des Grundstücks, zur Sühne des Verbrechens zu gelangen. Es sind unerlaubte Seitenwege („tramites"), auf die er sich, statt den Hauptweg (die „via hereditatis petitionis etc.") einzuschlagen, verirrt hat.

So besteht denn auch die Legaldefinition der exceptio in Anwendung auf die Präjudicialeinrede vollkommen die

Digitized by Google

Probe. Auch diese Einrede tritt der Klage entgegen, „um das, was den Inhalt des Klagantrages und der Verurtheilung bildet, auszuschließen (ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est).[122]) Auch hier wieder bewährt sich die wunderbare Plastik des römischen Rechtssystems, die genaue Ausprägung des materiellen Rechtsgedankens in der processualischen Form. Jener „Ausnahmssatz", jener „negative Bedingungssatz", welcher dem positiven Bedingungssatz der intentio als paralysirender Zusatz mit auf den Weg gegeben wurde, erweist sich auch in Anwendung auf die exceptio praejudicii als der angemessenste Ausdruck des Sachverhältnisses, welches dadurch zur Geltung gebracht werden sollte. Durch den Thatbestand der exceptio praejudicii (Concurrenzverhältniß der Klage mit einer her. pet. oder praedii vind.) wird in Wahrheit ein Theil aus dem regelmäßigen Thatbestande der rei vindicatio oder actio confessoria herausgenommen.[123]) Das Klagrecht wird ein lückenhaftes, es versieht nicht mehr in allen den Fällen, auf die es seiner ursprünglichen Anlage nach berechnet ist, seinen Dienst.

In dieser ihrer den Thatbestand des Klagrechts einschränkenden Bedeutung hält die exceptio praejudicii den Vergleich mit jeder beliebigen andern exceptio aus. Betrachten wir z. B. das Verhältniß der exceptio doli zur condictio aus einer verborum obligatio. Diese condictio umfaßt alle Stipulationsfälle. Durch die exceptio doli scheiden die dolosen Stipulationsfälle aus. Durchaus ähnlich verhält es sich auch bei unserer Einrede. Die rei vindicatio erstreckt sich auf alle Fälle, wo Jemand

122) L. 2 pr. de exc. 44, 1, cf. 4 C. de reb. cred. 4, 1.

123) „Perimit quaestionem actione comprehensam" (l. 29 de jurejur. 12, 2), vergl. unten Kap. 8, Abschn. 1.

Digitized by Google

eine fremde Sache detinirt. Durch die exc. quod praejud. her. non fiat scheiden diejenigen Fälle aus, in denen beide Parteien Prätendenten auf dieselbe Erbschaft sind und die vindicirte Sache zur Erbschaft gehört. Oder vergleichen wir die exc. SC. Macedoniani mit der exc. quod praejud. praedio non fiat. Dort werden die an und für sich unter die condictio ex mutuo fallenden Geldarlehen an Haussöhne aus dem Bereiche der condictio ausgestoßen. Hier werden der actio confessoria die an und für sich in ihrem Thatbestande enthaltenen Fälle entzogen, in denen der Beklagte das praedium dominans besitzt. Ueberall in gleicher Weise ein „excludere id quod in intentionem condemnationemque deductum est", ein Beschränken, Ausschließen des materiellen Rechtsanspruchs. Haben sich doch die römischen Juristen auch gerade dieses Ausdrucks bedient, um die Funktion der exceptio praejudicii zu kennzeichnen, gleichsam als ob sie den absonderlichen Vorstellungen, die man sich Jahrhunderte lang über die Wirkung dieser Einrede, als eines bloßen Proceßverzögerungsmittels, gemacht hat, noch ganz ausdrücklich hätten vorbeugen wollen:

l. 1 §. 1 fam. herc. 10, 2

„Quae quidem actio (sc. fam. herc.) ei quoque „ipso jure competit, qui suam partem non „possidet, sed si is, qui possidet, neget eum sibi „coheredem esse, potest eum excludere per „hanc exceptionem: si in ea re qu. d. a. praeju„dicium hereditati non fiat."

Demgemäß wird auch am Ende der Stelle (s. oben S. 132) besonders hervorgehoben, daß es sich bei dieser Einrede, wie bei jeder anderen, um die Frage handelt, ob der Beklagte zu condemniren oder zu absolviren sei. Hierin liegt die sicherste Bestätigung für die materiellrechtliche Natur der exc. praejudicii. Wie unbegreiflich l. 1 §. 1 cit.

Digitized by Google

dagegen bei der herkömmlichen Auffassung der exc. praejudicii, als einer Proceßeinrede, als eines Regulators der Proceßconcurrenz, bleiben müßte, ist oben (S. 163—166) ausführlich dargelegt worden.

Aber auch die übrigen Eigenschaften unseres Rechtsmittels stehen im besten Einklang mit der materiellen, privatrechtlichen Natur desselben. Erst durch diese finden sie genügende Erklärung. So erklärt es sich namentlich erst, weßhalb überhaupt hier ein Einspruchsverfahren stattfindet: weßhalb dieses Rechtsmittel in die Form einer exceptio gebracht worden ist. Sobald man sich davon überzeugt hat, daß ihm privatrechtliche Interessen des Beklagten zu Grunde liegen — und es ist gezeigt worden, welcher Art diese sind —, so kann es nicht mehr befremden, daß man es dem Belieben des Beklagten überlassen hat, ob er diese Interessen geltend machen will oder nicht. Man wird vielmehr eingestehen müssen, daß auch in dieser Beziehung die Form der exceptio, als eines der intentio coordinirten negativen Bedingungssatzes, der getreue Ausdruck des innern Sachverhältnisses ist: der dem Anspruch des Klägers hindernd entgegentretende Gegenanspruch des Beklagten konnte nicht treffender zur Erscheinung und Darstellung gebracht werden. — Wie sehr die Exceptionsnatur unseres Rechtsmittels dagegen im Widerspruch mit den Anschauungen, die man bisher von dieser Einrede hatte, steht, ist ebenfalls bereits oben (S. 162. 163) gezeigt worden: es ist undenkbar, daß die Statthaftigkeit einer im öffentlichen Interesse gebotenen Proceßleitungsmaßregel von der Initiative des Beklagten abhängig gemacht worden wäre.

Vielleicht könnte man aber darin eine Anomalie der exc. praejud. finden und daraus ihre Proceßeinredennatur folgern wollen, daß ihre Begründung insofern in einer gewissen Beziehung zum „Proceß" steht, als sie doch eine indirekte Aufforderung zur Anstellung einer anderen wich-

Digitized by Google

tigeren Klage, der her. pet. oder praedii vindicatio, enthält. Gegen diese Art von Deduktion, die jeden materiellrechtlichen Begriff, sobald er mit dem Proceß in Berührung tritt, zu einem proceßrechtlichen stempeln würde, ist schon oben gelegentlich der exc. litis divid. und rei residuae Protest eingelegt worden. Und gerade bei der exc. praejud. wäre sie am wenigsten am Platze. Allerdings liegt in dieser Einrede eine Aufforderung zur Anstellung einer andern Klage, aber diese Klaganstellung wird nicht etwa zur Bedingung der gegenwärtigen condemnatio gemacht. Die absolutio erfolgt unter allen Umständen. Der einzige primäre Grund der Abweisung ist der, daß eben diejenige Klage, welche jetzt angestellt ist, nicht zulässig ist: die Verweisung auf die andere Klage ist etwas sekundäres. Die Rücksicht auf die Möglichkeit einer anderen wichtigeren Klage und den Vorzug, den sie verdient, ist nur das gesetzgeberische Motiv für den Ausschluß der concurrenten unwichtigeren Klage.

Und selbst wenn man dieses sekundäre Moment in erste Linie stellen und demnach die Verweisung auf die Anstellung der Hauptklage für einen unmittelbar wesentlichen Faktor der Präjudicialeinrede halten dürfte, so würde dennoch dadurch ihr materiellrechtlicher Charakter nicht irritirt werden. Denn es gibt viele Fälle, in denen die Klagerhebung für den Bestand und die Wirksamkeit eines Rechts von der höchsten Bedeutung wird. Gerade auf das Klageanstellungsmoment gründen sich so manche wichtige Exceptionen, über deren sachliche Natur nie ein Zweifel aufgetaucht ist. So beruht die Verjährungseinrede darauf, daß eine Klage binnen einer gewissen Frist *nicht* angestellt ist, die exceptio rei in judicium deductae vel judicatae darauf, daß eine Klage *bereits* angestellt worden ist. Diese beiden Einreden sind doch unstreitig sachlicher Natur. Warum sollte etwas Anderes von einer Einrede gelten, die sich darauf stützt, daß

Digitized by Google

eine Klage erst noch anzustellen ist? Weßhalb sollte eine exceptio rei in judicium deducendae eine Proceßeinrede sein, wenn die exceptiones rei in judicium non deductae und rei in judicium deductae Sacheinreden sind? Auch ist die exc. praejudicii nicht einmal das einzige Beispiel von einer exc. rei in jud. deducendae. Es giebt noch mehrere andere unzweifelhaft materiellrechtliche Exceptionen, die ebenfalls darauf hinauskommen, daß der Kläger anstatt der angestellten Klage eine andere anstellen müsse.

Solcher Art sind, wenn nicht alle Sachlegitimationseinreden [124]), so doch sicherlich die exc. excussionis und die exceptio divisionis. Beide Einreden bezwecken ebenfalls, den Kläger zur Anstellung einer andern, als der von ihm gewählten Klage zu veranlassen. Bei der exc. excussionis liegt dieß offen zu Tage [125]). Aber auch von der exc. divisionis gilt dasselbe. Es stand nämlich auch nach der epistola Hadriani dem Gläubiger an und für sich (ipso jure) immer noch frei, jeden Mitbürgen mit der Totalklage zu belangen. Nur wenn die übrigen Mitbürgen zahlungsfähig waren, sollte anstatt der Totalklage eine bloße Theilklage stattfinden: in diesem Falle konnte der Mitbürge durch die exceptio „si non et illi solvendo sunt" die Totalklage ausschließen und den Gläubiger auf die Theilklage verweisen. [126]) Die exceptio divisionis

---

124) S. die Zusammenstellung derselben S. 60—62.

125) Die große Aehnlichkeit der exc. praejud. mit der exc. excussionis ist bereits oben, S. 192, 193, zur Sprache gekommen. Ueber die sachliche Natur der exc. excussionis s. die S. 26 Anm. 12 citirten Abhandlungen. Eine sehr unrichtige Beurtheilung dieser Einrede findet sich noch bei Seuffert, Archiv 7 Nr. 278.

126) Sed ex epistola divi Hadriani compellitur creditor a singulis — partes petere (§. 4 J. de fidej. 3, 26). Dieß allein

Digitized by Google

diente also, gerade so wie die exc. praejud., als Regulator zwischen zwei Klagen: der Kläger wurde durch beide Einreden in der Wahl zwischen zwei Klagen beschränkt, dort in der Wahl zwischen her. pet. und rei vind. u. s. w., hier in der Wahl zwischen Total- und Theilklage. So bestätigt sich auch in dieser Beziehung wieder, daß die exc. praejud. kein so absonderliches, von allen andern Exceptionen abweichendes Rechtsmittel ist, sondern den zweifellos materiellrechtlichen Einreden in Struktur und Effekt sehr nahe kommt.

Nur eine Frage bleibt noch zu erörtern. Die exceptio praejudicii zeichnet sich nämlich, während sie sonst mit den übrigen Exceptionen durchweg auf einer Stufe steht, doch in einer Beziehung sehr erheblich vor ihnen aus, und diese Verschiedenheit ist der Art, daß sie wohl Manchen an der sachlichen Natur der Einrede irre machen könnte.

Wenn einem Klagrecht eine exceptio entgegensteht, so ist dadurch gewöhnlich dem Kläger jede Möglichkeit, sein Ziel zu erreichen, abgeschnitten: das zu Grunde liegende

---

ist der unmittelbare Zweck und Erfolg der exc. divisionis. Die Theilung der Klage konnte durch diese exc. nicht schon wirklich bewerkstelligt werden: Keller, Litiscontestation und Urtheil S. 569 Anm. 15 vergl. Girtanner, die Bürgschaft s. S. 100, Dedekind, de exc. divisionis p. 42 seqqu. p. 94 seqqu. Die Befreiung der Mitbürgen von der solidarischen Haftung erforderte im Formularproceß einen complicirteren Mechanismus, in welchem die exc. divisionis nur ein Glied bildete. Die Hauptsache war die Aufstellung und Ertheilung von Partialklagen neben den Totalklagen. Ueber diese eigenthümlichen Theilklagen vergl. z. B. Ga. 3, 122 (desiderare, ut pro parte in se detur actio) §. 4 J. cit. Theoph. ad h. l., l. 10 pr., l. 27 pr., l. 48, l. 51 pr. §. 1 (portionis judicium accipiat), l. 52 §. 1 de fidejuss. 46, 1; l. 7 de magistr. 27, 8 (wo namentlich der Gesichtspunkt der Wahl zwischen den beiden Klagen hervortritt).

Digitized by Google

Recht büßt seine praktische Bedeutung völlig ein; es wird „unpraktisch“ (inutile). Daher die Regel, daß es gleichgültig ist, ob man überhaupt kein Klagrecht hat oder ob es durch eine Exceptio entkräftet wird.[127])

Diese gang und gäben Sätze treffen jedoch bei der exceptio praejudicii nicht zu. Der eigenthümliche Charakter dieser Einrede, als eines Klagenconcurrenzregulators, führt gerade in dieser Beziehung zu einer Abweichung von dem Gewöhnlichen. Während sonst dem Kläger meistens nur ein einziges Klagrecht zu Gebote steht, liegt hier, wo eine Präjudicialeinrede Platz greift, der Ausnahmsfall vor, daß ihm mehrere Klagrechte behufs einer und derselben Leistung (plures actiones ejusdem rei nomine) gewährt sind. Es handelt sich immer um Rechte, die einen mehrfachen und verschiedenartigen Schutz genießen. Hier kann nicht, wie gewöhnlich, die exceptio, indem sie den Kläger des einen Schutzmittels beraubt, ihn völlig bloß stellen: er bleibt immer noch durch andere Schutzmittel gesichert. Der Erbe, der die Erbschaftssache von einem Erbprätendenten nicht vindiciren darf, geht deßhalb der Sache doch nicht verlustig: er kann sie auf einem andern Wege, durch die her. pet., wieder erlangen. Der servitutberechtigte Eigenthümer soll sich zwar die Benutzung des praedium dominans nicht vermittelst der actio confessoria erschleichen: es hindert ihn aber nichts, sie sich auf dem offenen Wege der praedii vindicatio wieder zu verschaffen. Kurz, überall wo eine exc. praejudicii Platz greift, wird der Berechtigte nicht völlig um seine Befriedigung gebracht, sondern er büßt immer nur das eine Klagrecht ein. Die Präjudicialeinreden sind also, im scharfen Unterschiede von allen an-

127) „Nihil interest ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur“, l. 112 de R. J. vergl. l. 42 §. 1 de O. et A., l. 10, l. 55 de V. S., l. 66 de R. J.

Digitized by Google

dern Exceptionen, recht specifisch auf die „actio", auf das Klagrecht, gemünzt, ohne die anderweitige Klagbarkeit des zu Grunde liegenden Rechts irgend zu afficiren.

Nur bei der flüchtigsten Betrachtung könnte man aber hieraus einen Schluß auf die Proceßeinredennatur dieser Einrede zu ziehen versucht sein. Durch jene Besonderheit, so wichtig sie in ihren sonstigen Folgen auch ist, verliert die exc. praejudicii doch nichts von ihrer materiellrechtlichen Bedeutung.

Man darf — und doch ist Aehnliches so oft geschehen, daß eine entschiedene Verwahrung dagegen Noth thut — die specifische Richtung der exc. praejudicii gegen die actio nicht so verstehen, als ob diese Einrede dazu diene, um einen Mangel in der „Form des gerichtlichen Verfahrens" geltend zu machen. Davon, daß der Proceß, das judicium, mangelhaft und unstatthaft sei, ist bei der exc. praejud. gar nicht die Rede: der Kläger hat eine formell correkte formula petitoria, confessoria etc. postulirt und ausgefertigt erhalten, der Proceß wird unbedenklich, und ohne Aufenthalt eingeleitet, die Litiscontestation kommt zu Stande und der Kläger wird durch rechtskräftiges Urtheil abgewiesen. Auch davon findet sich keine Spur, daß die Einrede etwa den Gang des Verfahrens bemängelte: durch die Ablehnung der rei vindicatio und actio confessoria und die Verweisung auf die her. pet. und praedii vindicatio soll nicht die Anwendung anderer Proceßregeln, nicht eine Abweichung von dem dort einzuschlagenden Verfahren herbeigeführt werden. Es giebt kein besonderes Proceßsystem für Eigenthums-, Confessorien-, Erbrechts-, Grundeigenthumsansprüche: hier wie dort wird nach denselben Regeln in jus vocirt, vadimonium bestellt, actio edirt, postulirt, lis contestirt, in judicio perorirt, Beweis aufgenommen.

Der Mangel, den die exc. praejudicii geltend macht, liegt nicht im Proceßverfahren, sondern er beruht lediglich

Digitized by Google

in der Klage und zwar in ihrem Inhalt. Der Beklagte rügt, daß nicht die „richtige" Klage angestellt sei: daß statt ihrer eine andere hätte erhoben werden müssen. Das ist aber kein processualischer Mangel. Oder liegt etwa eine Abweichung vom vorschriftsmäßigen Proceßgange vor, wenn Jemand eine Darlehnsklage anstellt und nur nachzuweisen vermag, daß er mit dem Beklagten einen Kauf abgeschlossen habe? Falls er nur seine Klage gehörig substantiirt hat, werden wir ihm wahrlich keinen Verstoß gegen Proceßgrundsätze vorwerfen dürfen, sondern einfach zu sagen haben, daß das von ihm beanspruchte Recht nicht bestehe: daß der Beklagte ihm das Darlehn nicht schuldig sei.[128]). Ob derselbe dem Kläger

128) Im Falle des aliud pro alio petere muß daher eine einfache absolutio ab actione eintreten. Dieser selbstverständliche Satz findet seine deutlichste Bestätigung durch Ga. IV § 55. Es ist durchaus unrichtig, in diesen Fällen eine „relative oder bedingte Zurückweisung der Klage aus processualischen Gründen" (Osterloh, Civilpr. 2 S. 40) oder eine bloß „bedingte Abweisung" (Bayer, Civilpr. §. 173 B, a) oder eine Abweisung „angebrachtermaßen" (Seuffert, Archiv Bd. 2 Nr. 165, Nr. 339; Bd. 5 Nr. 237, Bd. 14 Nr. 79; vergl. auch Baldus, practica Lugd. 1530 fol. 42) eintreten zu lassen. Dieser Irrthum beruht nur auf der oben widerlegten Ansicht, daß die Wahl der unrichtigen Klage die Verletzung einer Proceßvorschrift sei, wohl auch auf irrthümlichen Vorstellungen über den Umfang der res judicata. Damit hängt auch der Mißbrauch zusammen, wegen Mangels der Sachlegitimation die Klage bloß angebrachtermaßen abzuweisen: Seuffert Bd. 11 Nr. 214, Bd. 14 Nr. 249 (erste Instanz), Zeitschr. f. Rechtspflege f. Sachsen N. F. Bd. 25 S. 234 (zweite Instanz); s. dagegen Seuffert Bd. 14 Nr. 170 (Fakult. Kiel). Ueber die Preußische Praxis s. Koch, der preuß. Civilproceß §. 168 (Abw. angebrachtermaßen „wenn der Anspruch nicht richtig begründet ist, aber doch aus einem andern, als dem geltend gemachten Grunde zustehen könnte"!), Ergänzungen und Erläuterungen der preuß. Rechtsbücher von Gräff u. s. w. 3. Aufl.,

Digitized by Google

überhaupt nichts schuldig ist oder ob er ihm etwas anderes schuldet, darauf kann es für den vorliegenden Proceß nicht ankommen: es fragt sich einzig und allein, ob er das, was der Kläger behauptet, schuldig ist. An den Richter tritt bei der Sachentscheidung immer nur die Frage heran, ob der vom Kläger behauptete Anspruch bestehe, nicht aber ob ihm überhaupt irgend ein Recht gegen den Beklagten zustehe.

So verhält es sich auch, wenn der Kläger mit seiner unrichtigen Klage durch eine exc. praejudicii zurückgewiesen wird. Der Vindikant wird durch diese Einrede deßhalb, weil sein Vindikationsanspruch unter den obwaltenden Verhältnissen (quod in ea re praejudicium hereditati fit) nicht stichhaltig ist, also aus materiellen Gründen abgewiesen. Ob ihm noch eine andere „richtige" Klage auf dasselbe Leistungsobjekt zu Gebote steht, ist, da er sie nicht angestellt hat, für das jetzt zu fällende Urtheil ohne alle Erheblichkeit. Noch viel weniger kann dadurch die materiellrechtliche Natur der Entscheidung irgend wie betroffen werden. Ein mangelhafter Anspruch verwandelt sich dadurch, daß andere Ansprüche statt seiner existiren, doch nicht in ein mangelhaftes Proceßverfahren! Wer eine falsche Klage wählt, begeht allerdings einen Fehler gelegentlich des Processes, aber deßhalb doch noch nicht einen Verstoß gegen das Proceßrecht! Seine Klaghandlung ist vollkommen in Ordnung, nur sein Klagrecht ist mangelhaft. [129]).

Bd. 7 S. 427 ff.: dagegen Striethorst, Rechtsgrundsätze der neuesten Entscheidungen des K. Obertribunals. 3. Bd. 1862, Nr. 1084, 1085.

129) So verhielt es sich auch im römischen Formularproceß. Bei der präcisen Formulirung und stereotypen Abgrenzung der einzelnen Klagrechte (s. hierüber namentlich Ihering, Geist 3 S. 16—48,

Digitized by Google

Die Meinung, daß die exc. praejudicii bloß dazu diene den Kläger auf eine andere „Form des Verfahrens" zu verweisen, würde also nur wieder auf die schon oben gerügte Verwechselung von actio im materiellen und formellen Sinne, von Klagrecht und Klaghandlung hinaus kommen. Wie sich Beides unterscheidet: welche Bedeutung dem materiellen Begriffe actio inne wohnt, braucht nach den vortrefflichen Darstellungen, welche diese Lehre in neuerer Zeit gefunden hat, nicht weiter ausgeführt zu werden.[130]) Aus ihnen ist ersichtlich, daß wir in der actio nicht ein processualisches Anhängsel des Rechts, sondern das active Recht selbst vor uns haben. Eine Einrede, welche die actio trifft, kann also das Recht selber nicht unberührt lassen: in der Hemmung der actio liegt immer auch eine Hemmung des zu Grunde liegenden Rechts, gleichviel, ob der Berechtigte die Möglichkeit hat, es noch auf andere Weise geltend zu machen, oder nicht. Wenn meine linke Hand, die zum Schlage ausholt, festgehalten wird, so werde ich selber am Schlagen verhindert und in meiner Macht beschränkt, wenn ich auch immer noch im Stande bin, den Schlag mit der rechten Hand auszuführen!

So hat sich auch der Umstand, daß die exceptio praejudicii bloß gegen die actio gerichtet ist, nicht als ein genügender Grund erwiesen, um diese Einrede aus der Ge-

---

120–125) wurde damals ein Versehen in der Wahl der richtigen Klage nur besonders deutlich und auffällig: an dem materiellen Grunde der Abweisung wurde aber dadurch natürlich nichts geändert.

130) Windscheid, die Actio des röm. Civilr. 1856; die übrige Literatur s. bei Windscheid, Pand. 2. Aufl. §. 44 Anm. 6; vergl. namentlich Böcking, Pand. 1 S. 501 Inst. S. 60, Bethmann-Hollweg, Civilpr. 2 S. 207–211.

Digitized by Google

meinschaft der materiellrechtlichen Einreden auszustoßen und für dieselbe den durch keine einzige andere exceptio vertretenen Begriff einer „Proceßeinrede" zu schaffen.

Dagegen läßt es sich aus jener Besonderheit wohl erklären, weßhalb die Präjudicialeinreden ursprünglich in die Form von praescriptiones pro reo eingekleidet gewesen sind.[131]) Für eine Einrede, welche nicht, wie alle übrigen Einreden, den völligen Ausschluß des klägerischen Rechts, sondern nur eine Grenzregulirung zwischen zwei Klagrechten bezweckte, mußte in der That eine äußerliche Auszeichnung vor den gewöhnlichen Einreden wünschenswerth erscheinen. Es lag nahe, sich zu diesem Zwecke der Form der praescriptiones, welche zu Gunsten des Klägers im Gebrauch waren, zu bedienen. Handelte es sich doch in beiden Fällen darum, die res in judicium deducta und damit auch die exceptio rei in judicium deductae vel rei

131) Gegen den Versuch, das Problem der praescriptiones pro reo durch eine Verweisung auf die Eigenthümlichkeiten der Präjudicialeinreden zu lösen, kann um so weniger Bedenken erhoben werden, als wir von der Existenz anderer echter praescriptiones pro reo nichts wissen. Dabei bleibt ja auch immer die Möglichkeit offen, daß noch andere Einreden, welche hinsichtlich jener eigenthümlichen innern Beschaffenheit den Präjudicialeinreden nahe standen, in Präscriptionsform gebracht worden seien. So ist es z. B. nicht unwahrscheinlich, daß die exc. divisionis, wenn zur Zeit ihrer Einführung die praescriptiones pro reo überhaupt noch bestanden hätten, diese Form erhalten haben würde. Ihrer Verwandtschaft mit den alten praescriptiones scheint wenigstens in einer andern äußerlichen Beziehung noch Rechnung getragen worden zu sein. Darauf deutet die eigenthümliche Stellung der exc. divisionis im Julian. Edikt (Rudorff, Rechtsgesch. 2 §. 33 Anm. 33) hin.

Digitized by Google

judicatae auf einen engeren Thatbestand als gewöhnlich zu beschränken![132])

---

132) Die Beseitigung der Präscriptionsform mag wohl gelegentlich der Julianischen Ediktsredaktion erfolgt sein: wahrscheinlich waren dabei nur systematische Vereinfachungstendenzen im Spiel. Gajus (4, 133) sagt übrigens auch nicht, daß die praescriptio pro reo zu einer gewöhnlichen exceptio geworden sei: er bemerkt vielmehr nur, sie sei jetzt zu einer Art von Exceptio gemacht worden (nunc in speciem exceptionis deducta est). Auffallend ist, daß doch schon Cicero (s. oben S. 174) von einer exceptio praejudicii spricht. Mir scheint dieß aber nur ein Beweis dafür zu sein, daß man die praescriptio pro reo schon immer im weiteren Sinne zu den Exceptionen gerechnet hat (vergl. Rudorff zu Puchta, Inst. 2 §. 171 Anm. k). Wenigstens ist diese Erklärung viel weniger bedenklich, als die Annahme, daß die Präscriptionsform schon zu Cicero's Zeiten abgeschafft gewesen sei (Bethmann-Hollweg, Civilpr. 2 §. 99 Anm. 82). Es ist doch wenig glaubhaft, daß Gajus eine so weit zurückreichende, nicht gerade sehr bedeutsame Aenderung der Erwähnung werth gehalten haben sollte. Ueberdieß weist das „nunc in sp. exc. ded. est" offenbar auf eine nahe Zeit.*)

*) Nachdem der Druck der Abhandlung bis hierher fortgeschritten ist, ersehe ich aus dem 2. Heft des 7. Bandes (1868) der Zeitschr. f. Rechtsgesch., daß die von mir oben S. 202 Anm. 99 vorgeschlagene Lesart von Ga. 4, 16 auch schon von Huschke gebilligt und in die zweite Ausg. seiner Jurisprud. antejust. aufgenommen ist. Sie dürfte somit wohl über allem Zweifel stehen.

Digitized by Google

Siebentes Kapitel.

Die Proceßeinreden und die translatio der römischen Rhetoren.

I. Gesammtresultat. — Beseitigung der Proceßeinredentheorie. — Der Begriff Proceßeinrede in den römischen Rechtsquellen? — Die römischen Rhetoren. — Die translatio oder translativa constitutio.

Wir haben sämmtliche Exceptionen, auf die man sich für die Proceßeinredentheorie beruft, einer Prüfung unterzogen. Keine einzige hat die Probe bestanden. Wir haben gefunden,

1) daß die meisten derselben, die exceptio procuratoria, cognitoria, litis dividuae, rei residuae und praejudicii, gleich allen andern Exceptionen *sachliche*, auf den *eingeklagten Anspruch selbst* bezügliche Einreden sind, während

2) die übrigen, die exceptio fori und diejenige exceptio praejudicii, von der man gewöhnlich spricht, *überhaupt nicht existiren*. Zugleich ist auch

3) die Vermuthung widerlegt worden, daß die Proceßeinreden jemals eine besondere Abart der Exceptionen, die

Digitized by Google

von Ga. IV., 133 erwähnte Klasse der praescriptiones pro reo, gebildet hätten: die einzige dieser Präscriptionen, welche uns bekannt ist, die praescriptio quod praejudicium hereditati non fiat, hat sich gerade nicht als Proceß-, sondern als Sacheinrede bewährt.

Durch dieses Gesammtergebniß ist die Proceßeinredentheorie, soweit sie aus dem römischen Recht stammt, — und wir haben im 2. Kap. gezeigt, daß sie lediglich von dort her abgeleitet ist, — von Grund aus beseitigt. Sie fällt, jedes Inhalts und jedes Anhalts beraubt, von selbst in sich zusammen, als das schlimme Erzeugniß vieler einzelner, auf den verschiedenartigsten Versehen beruhender Irrthümer, welche in einer so unglücklichen Weise zusammentrafen und sich gegenseitig so genau ergänzten und so fest in einander fügten, daß aus ihnen jene ganze große Irrlehre allerdings als eine unvermeidliche Consequenz und als eine der anscheinend sichersten Traditionen des römischen Rechts hervorgehen mußte. Es ist wohl noch selten ein Rechtsbegriff von ähnlich weitem Umfange[1]) auf so allseitig trügerische Fundamente gegründet worden!

Bevor wir aber auf die zahlreichen und wichtigen Folgen, welche sich aus der Beseitigung der Proceßeinredentheorie für das Ganze des römischen und heutigen Rechts ergeben, hinweisen und namentlich auch die Frage beantworten, ob nicht vielleicht die Proceßeinredentheorie trotz ihrer irrthümlichen Ableitung aus dem römischen Recht doch für das heutige Recht als lebensfähig und tauglich anzuerkennen

1) Man erwäge, daß, wie im Kap. 1 gezeigt worden ist, der Proceßeinredenbegriff die eine volle Hälfte des gesammten processualischen Verhandlungsstoffes, den ganzen Thatbestand des Proceßrechtsverhältnisses, des judicium, in sich birgt und daß er das einzige Organ ist, durch welches man bisher mit jenem reichen Stoffe wissenschaftlich wie praktisch zu operiren gewußt hat.

Digitized by Google

sei (Kap. 8), haben wir, um keinerlei Ungewißheit über die Richtigkeit des römischrechtlichen Proceßeinredenbegriffs übrig zu lassen, erst noch einen in den Schriften der römischen Redner vorkommenden Begriff genauer zu betrachten, den man seit Cujacius und Donellus in eine mehr oder weniger nahe Beziehung zu der Proceßeinredentheorie zu bringen und als eine Stütze derselben zu benutzen pflegt. Es hat damit folgende nähere Bewandniß.

Man giebt allgemein zu, daß der Begriff „Proceßeinrede" erst von der modernen Rechtswissenschaft aus den einzelnen Beispielen, die im römischen Recht vorzuliegen scheinen, abstrahirt worden ist. Es ist ausgemacht, daß die römischen Juristen von dem Begriff einer Proceßeinrede nicht das Mindeste wissen: in den römischen Rechtsquellen findet sich von einer Unterscheidung materiell- und proceßrechtlicher Einreden keine Spur.[2])

So wenig diese Wahrnehmung geeignet ist uns in Verwunderung zu versetzen, eben so sehr hat sie von jeher die Anhänger der herrschenden Lehre befremden müssen. Denn es ist doch sehr schwer erfindlich, weßhalb die römischen Juristen, wenn es wirklich Proceßeinreden gab, über die Eigenthümlichkeit dieser Klasse von Einreden hätten hinwegsehen sollen. Sie haben doch sonst einen offenen Blick für die verschiedenen Gegensätze innerhalb des Begriffes Einrede bewiesen: haben sie doch z. B. die Einreden in exceptiones in rem und in personam, in peremtorische und dilatorische und auch die letzteren wieder in rein temporelle und in Sachlegitimationseinreden zu zerlegen gewußt. Ja, man könnte ihnen vielleicht nachsagen, daß sie im Distinguiren der Einreden sogar zu weit gegangen seien. Wenigstens wird man

2) Pfeiffer, Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. 11 S. 96. 111. 133, Bethmann-Hollweg, Civilpr. 2 S. 405 („ein Gegensatz, den die römischen Juristen in seiner Allgemeinheit nicht hervorheben").

Digitized by Google

diesen Vorwurf schwerlich von der sonderbaren Eintheilung abwehren können, zu der sich Paulus in l. 20 de exc. 44, 1 verstanden hat.

Und trotzdem sollten die römischen Juristen den wichtigsten, schroffsten, unstreitig an die Spitze gehörenden Unterschied der Einreden nicht bemerkt haben, einen Unterschied, der praktisch so schwer ins Gewicht fällt, daß, wie die Erfahrung im modernen Proceß gezeigt hat, es unmöglich ist, auch nur einen einzigen Grundsatz, der von den Sacheinreden gilt, auch bei den Proceßeinreden durchzuführen! Auch das sollte von den römischen Juristen übersehen oder für nicht der Rede werth erachtet worden sein?

In der ganzen Proceßeinredenliteratur findet sich auf diese Frage, die doch vor allen andern der Aufklärung bedurft hätte, keine Antwort. Man hat sich weislich gehütet, sie überhaupt in Anregung zu bringen: man war sich wohl bewußt, in welche Schwierigkeiten man gerathen würde, wenn man über diesen Punkt offen Rede stehen sollte.[3])

Immerhin hat man aber doch nebenher im Stillen nach einem Nothbehelf Umschau gehalten, und da nun einmal die römischen Juristen ihre Hülfe versagten, so hat man

3) Die einzigen Aeußerungen, die darauf Anspruch zu machen scheinen, den absoluten Mangel einer Unterscheidung von Proceß- und Sacheinreden in den römischen Rechtsquellen zu erklären, finden sich bei Pfeiffer a. a. O. S. 96. 106. 111. Sie sind jedoch von einer solchen Art, daß sie keine Kritik, sondern bloß Staunen hervorrufen. Außer der Verweisung auf das „formelle Rechtsprincip der Römer" kommen dort Sätze, wie der folgende vor: „Wenn wir nun das älteste Proceßverfahren der Römer überhaupt als ein äußerlich förmliches bei innerer Form- und Unterschiedslosigkeit bezeichnen dürfen, so liefert hierfür unser specieller Gegenstand einen sprechenden Beleg". (S. 96). Was meint wohl Ihering zu Pfeiffers innerer Form- und Unterschiedslosigkeit? Vergl. Geist des röm. Rechts 3 S. 12—125.

Digitized by Google

geglaubt, die Zuflucht zu den — römischen Rhetoren nehmen zu können! Was Jene nicht fertig gebracht hätten, das, meint man, sei doch wenigstens Diesen gelungen. Wenn der Proceßeinredenbegriff auch den Rechtskundigen verborgen geblieben sei, so hätten doch die Nevekundigen hier einmal einen schärferen Blick und ein besseres Verständniß für juristische Grundbegriffe bewährt. Es soll dieß durch Aufstellung des Begriffes „translatio“ oder „translativa constitutio“ geschehen sein. Hiermit sei der Begriff „Proceßeinrede“ zum deutlichen Ausdruck gelangt. Manche halten beide Begriffe für geradezu gleichbedeutend.[4]) Niemand zweifelt daran, daß sie wenigstens einander sehr ähnlich seien.[5])

Dieser Versuch, dem Proceßeinredenbegriff einen quellenmäßigen Anstrich zu verschaffen, muß schon deßwegen als verfehlt erscheinen, weil es unter allen Umständen etwas sehr mißliches ist, römische Rechtsbegriffe erst in der

4) Cujacius, observ. lib. 18 cap. 34, Donellus, comment. lib. 24, cap. 4, §. 4 (s. oben S. 25). Auch Savigny, System V, §. 227 A. t. erklärt die translationes dem Inhalt nach für identisch mit den Proceßeinreden: „Die Proceßregeln, worauf sich dilatorische Exceptionen gründeten, nahmen nur dann diese Gestalt an, wenn sie vor dem Prätor geltend gemacht wurden; kamen sie erst vor dem judex zur Sprache, so mußten sie zwar auch beachtet werden, sie hießen aber nun nicht exceptiones, sondern translationes oder translativae constitutiones.“ Pfeiffer S. 90 sagt: „was die formellen oder Proceßeinwendungen, die translationes vel constitutiones translativae, anlangt.“

5) Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. 3, §. 95, A. 4, Schrader ad Inst. §. 10, §. 11 de exc., Heffter, Just. S. 95, System §. 134, §. 135, Walter, Rechtsgesch. 3, S. 430, Sintenis, Civilrecht, 3. Aufl. Bd. 1. §. 32 A. 1 (S. 299—301), Rein, das Privatr. u. der Civilpr. d. Römer S. 192, A. 1, Bethmann-Hollweg, Civilpr. 2, S. 406.

Digitized by Google

römischen Redekunst entdecken zu wollen. Wäre es den Rhetoren wirklich geglückt, den Proceßeinredenbegriff zu erfassen und zu formuliren, so hätten die Juristen doch allen Grund gehabt, endlich einmal auf die in ihrer Wissenschaft bestehende Lücke aufmerksam zu werden und sich jenen Begriff dankbarst anzueignen! Indem sie hierauf verzichteten, haben sie wahrlich deutlich genug zu erkennen gegeben, daß jener Begriff für die Rechtswissenschaft nichts tauge.[6])

Wie vergeblich die Berufung auf jenen von den Juristen verschmähten rhetorischen Begriff ist,[7]) kommt aber vollends zu Tage, wenn man sich die Mühe nimmt, die wahre Bedeutung desselben etwas genauer, als es bisher von juristischer Seite geschehen zu sein scheint, zu untersuchen. Der Befund ist ein sehr überraschender.

---

6) Wie wenig die römischen Juristen die rhetorische translatio respectirten, haben sie noch ganz besonders dadurch dokumentirt, daß sie jenes Wort ohne alles Bedenken zur technischen Bezeichnung für einen andern von Grund aus verschiedenen Begriff (Umstellung einer formula auf einen andern Parteinamen) verwendet haben. Ueber diese juristische translatio s. Bethmann-Hollweg 2 S. 452 ff., Keller, §. 68, Rudorff, 2 §. 75.

7) Diese Berufung hat sogar etwas recht verfängliches. Denn wenn translatio wirklich so viel wie Proceßeinrede bedeutete, so würde der Umstand, daß die römischen Juristen diesen Begriff verschmäht haben, gerade beweisen, daß dieselben von den Proceßeinreden nicht bloß nichts gewußt haben, sondern von ihnen sogar nichts haben wissen wollen! So bieten uns die Gegner durch ihre Berufung auf die translatio das allerstärkste Argument gegen ihre Theorie dar!

Digitized by Google

II. Translatio = ausweichende Vertheidigungsweise. — Aehnlichkeit mit dem qualificirten Geständniß (qualificirte confessio in jure). — Grund der Verwechselung mit den Proceßeinreden. — Völlige Divergenz beider Begriffe. — Verwerflichkeit des Begriffs translatio.

Die Rhetoren[8]) verstehen unter translatio oder translativa constitutio eine besondere Art und Weise der Vertheidigungsreden. Diese Redeform soll zur Anwendung kommen, wenn die Klage zwar nicht ganz und gar unbegründet, aber doch so, wie sie angestellt worden, unhaltbar ist, also einer Aenderung bedürftig erscheint (cum actio commutationis indigere videtur)[9]), z. B. wenn es sich darum handelt, daß nicht der richtige Kläger geklagt habe, daß nicht der richtige Beklagte belangt, daß nicht bei dem zuständigen Gericht oder nicht zur gehörigen Zeit geklagt, daß eine falsche Klage gewählt, daß eine unrichtige Strafe beantragt sei (cum causa ex eo pendet, quod non aut is agere videtur, quem oportet, aut non cum eo, quicum oportet, aut non apud eos, quo tempore, qua lege, quo crimine, qua poena oportet, translativa dicitur constitutio, quia translationis et commutationis actio indigere videtur).[10])

8) Cicero de inventione I, 8. 11, II, 19. 20, ad Herenn. I, 12, II, 12, cf. orat. partit. 28. — Quintilianus, inst. orat. III 6 §. 23. 42. 46. 48. 50. 52—56. 60—79. 84. — Aurelius, Victor, ars rhetor. III, 9. 10, IV, 7. 8 (in Cic. op. ed. Orelli V, 1 p. 205. 214). — C. Marius Victorinus, expos. ad Cic. de invent. I, 8. 12, II, 19 (ibid. p. 31. 32. 44. 45. 141—143).

9) Cic. de inv. II, 19 §. 57. cf. eod. I, 11 §. 16 (quum — omnino aliquid de commutatione aut infirmatione actionis agitur).

10) Cicero, de invent. I, 8 §. 10, vergl. eod. I, 11 §. 16 (cum aut quem aut quicum aut quomodo, aut apud quos, aut quo

Digitized by Google

Die translatio kennzeichnet sich also als ausweichende Vertheidigung: der Beklagte verhält sich gegenüber der Klage nicht völlig negativ (er läugnet z. B. nicht, daß das eingeklagte Recht überhaupt bestehe — daß das vom Ankläger verfolgte Verbrechen überhaupt begangen sei), sondern er bemängelt sie bloß in einer einzelnen Beziehung (er behauptet z. B., daß das eingeklagte Recht einem Andern, als dem Kläger zustehe — daß das Verbrechen unter eine andere Strafe, als die vom Ankläger beantragte, falle, — daß der Proceß vor einem andern Gericht stattfinden müsse). Das Charakteristische der translatio besteht in einem theilweisen Zugestehen und theilweisen Läugnen: in einem mit Zugeständnissen verbundenen Widerspruch oder einem mit Widersprüchen verbundenen Zugeständniß.

Wir fragen: sind das die Merkmale einer Proceßeinrede? Erweckt nicht vielmehr jener rhetorische Begriff die lebhafteste Erinnerung an einen, in der modernen Rechtsliteratur sehr oft verhandelten andern Proceßbegriff, der mit den Proceßeinreden auch nicht die entfernteste Verwandtschaft hat?

Es unterliegt nicht dem mindesten Zweifel, daß wir in der translatio eine Art von qualificirtem Geständ-

---

jure, aut quo tempore agere oporteat quaeritur), eod. II, 19 §. 57, 20 §. 60. ad Herennium I, 12, §. 22 (ex translatione controversia nascitur, quum aut tempus differendum, aut accusatorem mutandum, aut judices mutandos reus dicit), II, 12 §. 18 (quaeritur in translationibus primum, num aliquis ejus rei actionem, petitionem aut persecutionem habeat [quem non oporteat], num alio modo, tempore, loco, num alia lege, num alio quaerente aut agente [„sit agendum"?], cf. orat. part. c. 28; — Quintilian, inst. orat. III, 6, §. 69 (an huic, an cum hoc, an hac lege, an apud hunc, an hoc tempore liceat agere?).

Digitized by Google

niß vor uns haben. Der Unterschied der beiden Begriffe besteht bloß darin, daß wir die positive Seite, das Geständnißelement, die römischen Rhetoren dagegen die negative Seite, das Läugnungsmoment, in den Vordergrund stellen, ferner darin, daß die letzteren zugleich den entfernteren Zweck, den man mit dieser Vertheidigungsweise zu erreichen sucht, eine veränderte Klaganstellung, betonen, endlich darin, daß bei der translatio die Vertheidigung in ihrem Verhältniß zur ganzen Klage, nicht bloß zu einzelnen thatsächlichen Behauptungen des Klägers in's Auge gefaßt wird, so daß man sie im Gegensatz zu unserm, gewöhnlich auf den Bereich der confessio in judicio eingeschränkten qualificirten Geständniß, füglich eine „qualificirte confessio in jure" nennen dürfte.

Wie konnte man aber je auf den Einfall kommen, dieses qualificirte Geständniß für gleichbedeutend mit „Proceßeinrede" zu halten? Wie erklärt es sich, daß diese arge Verwechselung so allgemeinen Beifall gefunden hat?[11])

Außer dem sehnlichen Verlangen, um jeden Preis irgend wo irgend etwas, was einer Proceßeinrede ungefähr ähnlich sähe, aufzutreiben, hat dazu lediglich der Umstand verleitet, daß in den Rhetorenschriften unter den vielen übrigen Beispielen einer translativen Vertheidigungsweise auch folgender drei Fälle gedacht wird: 1) wenn der cognitor des

11) Die Gleichstellung der Proceßeinreden mit der translatio nimmt sich sogar noch schlechter aus, weil translatio doch nimmermehr ein Vertheidigungsmittel, sondern lediglich eine Redeform ist. Auf diesen Unterschied hat schon Marius Victorinus l. in not. 8 cit. p. 142 hingewiesen. — Es ist sehr bezeichnend für den Unfug, den man mit dem Begriff translatio im Interesse der Proceßeinredentheorie treibt, daß man sich kurzweg erlaubt, von einzelnen translationes zu sprechen (s. z. B. Savigny und Pfeiffer in Note 4), während doch die Rhetoren in translatio nur im Singularis kennen.

Digitized by Google

Klägers unfähig zur Proceßvertretung ist,[12]) 2) wenn der Kläger eine mit einer Criminalanklage concurrente Civilstrafklage angestellt hat,[13]) 3) wenn die Klage bei einem incompetenten Gericht erhoben worden ist.[14]) Hier, meinte man, lägen doch sicherlich drei veritable Proceßeinreden, die exc. cognitoria, praejudicii und fori vor!

Daß man sich hierin gänzlich getäuscht hat, bedarf nach den Ausführungen in Kap. 3, 5 und 6 keiner weiteren Auseinandersetzung: wir wissen, daß von jenen drei Vertheidigungsgründen die beiden ersten den Gegenstand von Sacheinreden, der letzte aber überhaupt nicht den Gegenstand einer Einrede gebildet hat.

Und selbst wenn jene Annahme richtig wäre, so müßte doch der lebhafteste Protest gegen die Willkür eingelegt werden, mit der man aus drei vereinzelten Beispielen auf die wahre Bedeutung und den vollen Umfang des Begriffs translatio sich zu schließen herausnimmt.[15]) Man möge doch auch einmal die mindestens zehnfache Zahl der

12) Quintil. l. c. §. 71 (Non licet tibi agere mecum, cognitor enim fieri non potuisti. Judicatio est, an potuerit?) §. 75 (Non recte agis ignominiosus. Quaeritur, an ignominiosus sit, aut, an agere ignominioso liceat?). Vergl. oben S. 41.

13) Cicero de invent. II, 20 §. 59. 60 f. oben S. 174 ff.

14) Quintil. l. c. §. 70 (Non debes apud Praetorem petere fideicommissum, sed apud consules, major enim praetoria cognitione summa est. Quaeritur an major summa sit?). Vergl. sämmtliche in Anm. 10 angeführten Stellen.

15) Hat doch Cicero noch ganz besonders vor einem solchen Verfahren gewarnt. Er bemerkt (de invent. II, 20 §. 60 i. f.), die von ihm in Bezug genommene Präjudicialeinrede sei eben nur ein Beispiel translativer Vertheidigungsweise: diese habe ein viel weiteres Anwendungsgebiet: Atque exemplum quidem hoc est. In omni autem causa ab utroque quaeri oportet, a quo et per quos et quo modo et quo tempore aut agi aut judicari aut quid statui de ea re conveniat.

Digitized by Google

übrigen Translationsbeispiele in Betracht ziehen! Wir finden unter diesen eine volle Reihe unzweifelhaft sachlicher und überdieß garnicht zu einer Einrede erwachsender Vertheidigungsgründe, z. B. die Behauptung des Beklagten, daß Kläger nicht die richtige Klage angestellt[16]) oder nicht die gesetzmäßige Strafe beantragt habe,[17]) daß die active oder passive Sachlegitimation nicht in Ordnung,[18]) daß zu früh geklagt sei (pluris petitio tem-

16) Quintil III, 6 §. 71: „Non debuisti interdicere sed petere. An recte interdictum sit, ambigitur." Daß es sich hier nicht etwa um die Frage, ob das Interdikt zu ertheilen sei, sondern um eine nachträgliche Prüfung der Anwendbarkeit des bereits ertheilten Interdikts auf den vorliegenden Sachverhalt in judicio handelt, lehrt der Wortlaut. Vergl., was oben S. 231—234 über die Anstellung einer unrichtigen Klage und über die materiellrechtliche Natur dieser ganzen Frage bemerkt ist. — Sehr häufig wird als Translationsbeispiel die Behauptung des Angeklagten angeführt, es sei ein falsches, auf das vorliegende Verbrechen nicht passendes judicium publicum („non qua lege, quo crimine, qua poena oportet") angestellt: s. sämmtliche Stellen in Anm. 10. Ausführlicher werden zwei Beispiele dieser Art vom Auctor ad Herennium I, 12 §. 22 (Fall, daß fur wegen peculatus angeklagt ist) und von Cic. de inv. II, §. 58 (Fall, daß veneficus wegen parricidium angeklagt ist) erörtert. In der letzteren Stelle wird auch ausdrücklich hervorgehoben, daß es sich nicht etwa um die Einleitung des Criminalprocesses, sondern um die Hauptuntersuchung selbst, um Gründe, die erst in der Sachverhandlung vorgebracht werden und zur Freisprechung führen, handelt: „quum venefici cujusdam nomen esset delatum et quia parricidii causa subscripta esset, extra ordinem esset acceptum, quum in accusatione alia quaedam crimina testibus et argumentis confirmarentur" — „hic defensor poenae commutationem ex translativo genere inducendo, totam infirmabit accusationem".

17) S. Anm. 10 und die beiden in Anm. 16 zuletzt angeführten Fälle.

18) S. Anm. 10, vergl. Quintil. l. c. §. 52 (An huic jus agendi sit? An contra hunc?).

Digitized by Google

pore).[19]) Daneben kommen allerdings auch viele Beispiele einer translativen Vertheidigungsweise vor, die lediglich proceßrechtlichen Inhalts ist und darauf abzielt, das Zustandekommen des Processes in der Weise, wie es der Kläger oder Ankläger beabsichtigt, zu verhindern,[20]) z. B. Recusationen des Richters,[21]) Ausstellungen gegen die Proceßfähigkeit oder Postulationsfähigkeit des Klägers,[22]) Recusationen des Anklägers,[23]) die Behauptung, daß die Klage

19) S. Anm. 10 (quo tempore agere oporteat, quaeritur). — Quintilian (§. 78) gedenkt auch noch folgender rein sachlicher Vertheidigungsgründe, die von einigen Rhetoren ebenfalls als Translationsfälle aufgeführt würden: Hominem occidi jussus ab Imperatore. Dona templi tyranno cogenti dedi. Deserui, tempestatibus, fluminibus, valetudine impeditus, i. e. non per me stetit, sed per illa. Das letzte Beispiel ist die exceptio causae sonticae, über deren rein sachlichen Charakter vergl. oben S. 81, Anm. 6. Vergl. überhaupt noch Cicer. orat. part. 28 §. 99 (Quae etiam si ante, quam res in judicium venit, aut concertata aut dijudicata aut confecta [non] sunt, tamen in ipsis judiciis permagnum saepe habent pondus, quum ita dicitur: Plus petisti: sero petisti: non fuit tua petitio: non a me, non hac lege, non his verbis, non hoc judicio).

20) Eine „ausweichende" Vertheidigung mußte hier, wo eine Ablehnung des Processes und Abweisung der Klage angebrachtermaßen intendirt war, besonders am Platze sein, wie auch Cicero hervorhebt ad Herennium I, 12 (Haec partitio legitimae constitutionis — raro venit in judicium) u. de invent. II, 19 (s. unten S. 251)

21) S. Anm 10 (judices mutandos esse).

22) Auch hierauf lassen sich wohl die in Anm. 18 in Bezug genommenen Stellen deuten, vergl. Quintil. §. 77 (quia ignominioso non est actio), §. 75 (non recte agis ignominiosus).

23) S. Anm. 10 u. insbesondere ad Herennium I, 12 §. 22 (utrum illi liceat accusare necne).

Digitized by Google

nicht so, wie beantragt, ertheilt werden dürfe,[24]) Anträge auf einstweiliges Aussetzen des Processes.[25]) Bot aber etwa irgend einer dieser Fälle den Stoff zu einer Einrede, zu einer in judicio zu verhandelnden exceptio oder praescriptio? Sind dieß nicht vielmehr sämmtlich Fragen, von denen es feststeht, daß sie stets im Vorbereitungsverfahren, in jure, vor der datio formulae, vor der Einleitung des Criminalprocesses vom magistratus untersucht und zur Entscheidung gebracht wurden?[26])

Es findet sich also in Wahrheit unter allen den vielen Beispielen von translatio keine einzige Proceßeinrede vor. So wenig wie in den Definitionen, so wenig läßt sich auch in den Anwendungsfällen irgend eine Uebereinstimmung des Begriffs translatio mit dem Begriff Proceßeinrede entdecken.

Schließlich ist aber auch noch auf einen andern Irrthum aufmerksam zu machen. Man spricht allgemein von der

---

24) Cic. de invent. I, 11 §. 16 (quum quomodo agere oporteat, agitur) II, 20 §. 61 (si non ita res agantur et in judicium veniant quo pacto oporteat), Quintil §. 52 (An sic?).

25) S. Anm. 10 (tempus differendum).

26) Dieß wird auch von Cicero sehr scharf in der unten S. 250. 251 mitgetheilten Stelle hervorgehoben: Quare in jure plerumque versantur. Die in Anm. 20—25 citirten Stellen liefern also gerade den besten Beweis dafür, daß die Verhandlungen über die Proceßvoraussetzungen immer in jure erledigt wurden und nie zu einer Einrede erwuchsen. Die Rhetoren der späteren Zeit stellen daher auch die translatio gern mit den praescriptiones, die vor Einleitung des Criminalprocesses zur Verhandlung kamen (vergl. oben S. 96, 97 Anm. 33—35) zusammen: Victor u. Victorinus a. a. O. (Anm. 8). Caqueray, explication des passages de droit privé cont. dans les oeuvres de Cicéron, Paris 1857, p. 386—388, 391 paraphrasirt die translatio mit „fin de non recevoir".

Digitized by Google

translatio so, als ob sie ein von den römischen Rednern wirklich recipirter Begriff sei. Dieß ist aber garnicht der Fall. Er ist von ihnen zwar erwähnt, schließlich aber als völlig unbrauchbar verworfen worden.

III. Griechischer Ursprung der translatio. — Cicero über die Unanwendbarkeit der translatio auf die römischen Gerichtsverhältnisse — über die absolute Untauglichkeit dieses Begriffs. — Quintilian's Kritik der translatio.

Die translatio stammt aus der griechischen Rhetorik (*μετάληψις* oder *μετάστασις*).[27]) Schon dort hatte dieser Begriff viele Anfechtungen erfahren müssen. Cicero nahm sich anfänglich seiner zwar sehr warm an.[28]) Später ist aber auch er bedenklich geworden.

In erster Linie machten ihn die Eigenthümlichkeiten der römischen Gerichtsverhältnisse gegen die Brauchbarkeit jener auf dem Boden des griechischen Proceßrechts erwachsenen Redeform mißtrauisch, de inventione II, 19 §. 57, 58:

„Atque in nostra quidem consuetudine multis de „causis fit, ut rarius incidant translationes. Nam „et praetoriis exceptionibus multae excluduntur „actiones, et ita jus civile habemus constitutum, ut „causa cadat is, qui non quemadmodum oportet

27) Ihr Ursprung wird auf Hermagoras zurückgeführt, Cic. de inv. I, 11 §. 16 (Hujus constitutionis Hermagoras inventor esse existimatur), Quintil. III, 6 §. 53, 56, 60 (Nos ad Hermagoram. Translationem hic primus omnium tradidit, quamquam semina ejus quaedam citra nomen ipsum apud Aristotelem reperiuntur).

28) Cic. de inventione I, 11 §. 16. (Post autem ab hoc inventam multi reprehenderunt, quos non tam imprudentia falli putamus, res enim perspicua est, quam invidia atque obtrectatione quadam impediri.)

Digitized by Google

„egerit. Quare in jure plerumque versantur. Ibi „enim et exceptiones postulantur, et quodammodo „agendi potestas datur, et omnis conceptio priva„torum judiciorum constituitur.“[29])

In dieſer Stelle, die für die Einſicht in die Grundprincipien des römiſchen Civilproceßrechts von unſchätzbarem Werth iſt, betont Cicero offenbar einen Gegenſatz, in welchen das römiſche Vorbereitungsverfahren, die Verhandlung in jure, zu den Einrichtungen des griechiſchen Proceſſes tritt.[30]) Während im griechiſchen Gerichtsverfahren jene ausweichenden und nur auf eine Umwandlung (μετάστασις) der Klage hinauslaufenden Vertheidigungsgründe zumeiſt erſt in der Haupt- und Sachverhandlung zur Entſcheidung kamen,[31]) fanden ſie im römiſchen Proceß zum größten

29) Vergl. ad Herennium I, 12 §. 22, orator. part. 28 §. 99, 100 (Quare de constituendis actionibus, accipiendis subeundisque judiciis de excipienda iniquitate actionis, de comparanda aequitate, quod ea fere generis ejus sunt, ut quamquam in ipsum judicium saepe delabantur, tamen ante judicium tractanda videantur, paullulum ea separo a judiciis, tempore magis agendi, quam dissimilitudine generis).

30) Vergl. ad Herennium I, 12 (Hac parte constitutionis Graeci in judiciis, nos in jure plerumque utimur). Es iſt unbegreiflich, wie Pfeiffer a. a. O. S. 93, Anm. 26—29 dazu kommen konnte, den Gegenſatz, den Cicero meint, im altrömiſchen Proceſſe ſelbſt zu ſuchen („deſſen Aeußerung über die im älteren Proceſſe ſtattgehabte gegentheilige Verfahrungsweiſe“). Für jenen angeblichen Unterſchied des Legisactionenverfahrens muß wieder „die Einfachheit der alten Proceßzuſtände und die ganze damalige Stellung des Prätors einen ſprechenden Beleg liefern“.

31) Obgleich auch im griechiſchen Proceß ein dem römiſchen Verfahren in jure ungefähr entſprechendes Einleitungsſtadium beſtand, ſo hatte daſſelbe doch keinen ſo umfaſſenden und von dem Hauptverhandlungsſtoff ſo ſcharf geſchiedenen Inhalt, namentlich fehlte die genaue Tren-

Digitized by Google

Theile schon im Vorbereitungsverfahren, beim magistratus, ihre Erledigung. Ueber die bei weitem meisten derselben, soweit sie nämlich die Competenz des magistratus, die Qualification des judex, die Proceß- und Postulationsfähigkeit der Parteien, die Formulirung der Klage, einen Aufschub des Processes betrafen, kurz über alle Proceßvoraussetzungsfragen[32]) wurde schon in jure verhandelt und schon dort vom magistratus ein endgültiger Bescheid erlassen (ibi enim quodammodo agendi potestas datur — quare in jure plerumque versantur). Aber auch viele der übrigen Translationsfragen wurden schon dort durch exceptiones entweder beseitigt (im Falle, daß sie zugestanden wurden) oder doch in feste Bahnen gewiesen und dadurch vielen unrichtigen Klagen von vorn herein vorgebeugt (nam et praetoriis exceptionibus multae excluduntur actiones), und selbst wenn keine exceptio Statt hatte, so führte doch die Eigenthümlichkeit des römischen Rechts, wonach jeder Rechtsanspruch in einer bestimmten und unveränderlichen Klagform in das judicium übergeleitet werden mußte, dahin, daß von einer nachträglichen Modification (jener μετάστασις oder translatio) nicht mehr in judicio die Rede sein konnte, sondern Jeder, der eine unrichtige Klage angestellt hatte, stets einfach sachfällig wurde (et ita jus civile habemus constitutum, ut causa cadat is, qui non quemadmodum oportet, egerit). Hieraus ergeben sich folgende beiden Consequenzen. Die translative

nung der Proceßvoraussetzungen von dem materiellen Streitverhältniß: dort gab es proceßrechtliche, in die Sachverhandlung erwachsende παραγραφαί. S. Platner, der Proceß und die Klagen, bei den Attikern, Bd. 1, S. 119 ff., insbesondere S. 125, 140, 141, 158—162.

32) „De constituendis actionibus accipiendis subeundisque judiciis — ante judicium tractanda videantur." (Anm. 29.) Vergl. über diese ganze Frage unten Kap. 8, Abschnitt 2.

Digitized by Google

Vertheidigungsweise war *eines* Theils — nämlich soweit sie im Verfahren *in jure* ihren Platz hatte — für die römische Rhetorik ohne Interesse: denn diese war, wenn nicht ausschließlich, so doch sehr überwiegend auf die Reden *in judicio* eingerichtet; die Verhandlungen in jure boten wenig Gelegenheit zur Entfaltung von Rednerkünsten.[33]) In allen *übrigen* Fällen, — soweit die translative Vertheidigung *in judicio* vorkommen könnte, also in der That in das Bereich der Rhetorik gehörte —,[34]) hatte sie im *Erfolge*, auf dessen Eigenthümlichkeit doch die Unterscheidung dieser Vertheidigungsart allein abgestellt war,[35]) vor den übrigen Vertheidigungsarten *nicht das mindeste* voraus: die ausweichende Vertheidigung wirkte gerade so vollständig vernichtend, wie die direkt der Klage zuwiderlaufende.[36]) Somit hatte es für die römischen Verhältnisse nach keiner Seite hin einen Sinn, die translative Vertheidigungsart besonders hervorzuheben und betreffs derselben eine eigenthümliche Theorie aufzustellen.

Cicero geht aber sogar noch weiter. Er spricht der Unterscheidung einer translativen Vertheidigungsweise *überhaupt* jede Berechtigung und jeden Nutzen ab. So wenig wie im Erfolge, so wenig sei sie auch in der *Begründung*

---

33) Cicero betrachtet denn auch in der angeführten Stelle (vergl. ad Herenn. I, §. 22) den Umstand, daß die translatio ihren hauptsächlichen Sitz im Verfahren in jure habe, als einen selbstverständlichen Grund, weßhalb sie die Rhetorik in soweit garnichts angehe. Die drei Beispiele von translatio, die er näher ausführt, sind auch sämmtlich dem *Sachverhandlungs*stoff entnommen.

34) Und diese Fälle bildeten die *Minderzahl* (In ipsis autem judiciis *rarius* incidunt).

35) S. unten, was Quintilian hierüber sagt.

36) Hic defensor poenae commutationem ex translativo genere inducendo *totam infirmabit accusationem* (de inv. II, §. 59).

Digitized by Google

von den übrigen Vertheidigungsarten ausgezeichnet, lehne sich vielmehr in der letzteren Beziehung immer an irgend eine andere an:

„In ipsis autem judiciis rarius incidunt, et tamen „si aliquando incidunt, ejusmodi sunt, ut per se „minus habeant firmitudinis, confirmantur autem „assumpta alia aliqua constitutione."

Dieser Gedanke ist es, den später Quintilian wieder aufgenommen und genauer ausgeführt hat. Quintilian hat die absolute Untauglichkeit und Verwerflichkeit des Begriffes translatio aus inneren Gründen nachgewiesen, und zwar um so überzeugender, als er selber einst noch an den Werth dieses Begriffes geglaubt hatte und nun in der Lage war, seine frühere Theorie öffentlich zu widerrufen und zu widerlegen.[37]) Die Widerlegung ist ihm vortrefflich gelungen.

Er zeigt, wie der Translationsbegriff keinerlei selbstständigen Werth beanspruchen dürfe: überall, wo anscheinend jene ausweichende Vertheidigungsart vorkomme, liege im Grunde genommen doch eine andere vor (vix in ulla controversia translationis statum posse reperiri, ut non et alius in eadem recte dici videretur). Bei jenen constitutiones rhetoricae, bei jenen verschiedenen Rede- oder Vertheidigungsweisen, deren eine die translatio angeblich sein solle, handele es sich nämlich doch immer nur um eine Verschiedenheit der Gründe, auf welche sich der

37) Inst. orat. III, 6 §. 63: Ipse me paulum in alia, quam prius habuerim, opinione nunc esse confiteor. — Der Widerruf ist ihm schwer angekommen: Et fortasse tutissimum erat famae modo studenti, nihil ex eo mutare, quod multis annis non sensissem modo, verum etiam approbassem. Es folgen die schönen Worte: Sed non sustineo esse conscius mihi dissimulati in ulla parte judicii mei.

Digitized by Google

Redner berufe. Das Eigenthümliche der translativen Vertheidigungsweise bestehe dagegen in dem besondern Zweck, welchen der Redner verfolge: für die translativa constitutio sei nicht sowohl der Grund, als der Erfolg der maßgebende Gesichtspunkt (ad eventum pertinet, non ad causam). Der von dem Redner angestrebte besondere Erfolg sei aber garnicht im Stande, dem Inhalt seiner Vertheidigung einen specifisch bestimmten Charakter zu verleihen. Denn um jenen Erfolg zu erreichen, müsse er doch immer die Gründe, weßhalb derselbe stattfinden solle, entwickeln: wenn er behaupte, daß die Klage einer Aenderung bedürfe, so müsse zu dieser Behauptung doch erst irgend eine, unter die übrigen constitutiones fallende Argumentationsweise unterstützend hinzutreten: „die Aenderung in den Partei- oder Richterpersonen, in der Zeit des Processes, in der Klagform oder in irgend einer der sonstigen Beziehungen, muß doch aus irgend einem Grunde geschehen; daher beruht der Streit garnicht auf der Aenderung als solcher, sondern auf dem Grunde, weßhalb die Aenderung vorgenommen werden solle (personae, tempora, actiones ceteraque propter aliquam causam transferuntur; ita non est in translatione quaestio, sed in eo, propter quod transferuntur).“

Wir werden nicht umhin können, der treffenden Kritik Quintilians aus voller Ueberzeugung beizupflichten. Der Begriff translatio ist in der That nicht bloß für die Lehre von den Proceßeinreden ohne jede Bedeutung, sondern überhaupt völlig werthlos.[38]) Er ist um nichts

38) Hiermit haben wir auch endlich ein tertium comparationis zwischen den beiden „identischen“ Begriffen translatio und Proceßeinrede gefunden. In allen andern Beziehungen von einander verschieden, stimmen sie doch wenigstens darin überein, daß sie beide nichts taugen!

Digitized by Google

besser, sicherer, brauchbarer, als sein modernes Ebenbild, das qualificirte Geständniß.[39])

39) Die Quintilianische Kritik der translatio paßt Wort für Wort auch auf unser qualificirtes Geständniß. Sie ist vielleicht die beste Kritik, die je über diesen Mißbegriff geschrieben worden ist. Der Begriff qualificirtes Geständniß leidet an derselben Unselbstständigkeit, er bedarf eben so sehr, um irgend etwas zu bedeuten, eines Zurückgehens auf anderweitige Momente, er beruht auf der gleichen Verwechselung von Grund und Zweck, wie dieß von Quintilian an dem Begriff translatio so deutlich gezeigt worden ist.

Digitized by Google

Achtes Kapitel.

Allgemeines.

Die Aufgabe dieses letzten Kapitels ist, die Folgen darzulegen, welche sich aus unsern Specialuntersuchungen für das römische und heutige Recht im Ganzen ergeben.

Das nächste Resultat ist eine gründliche Berichtigung der Lehre von den Exceptionen, insbesondere der von den dilatorischen. (Abschnitt 1.)

Die übrigen Ergebnisse greifen noch tiefer in das ganze Rechtssystem ein.

Zum Theil betreffen sie das Hauptprincip, auf welchem der Unterschied zwischen dem Vorbereitungs- und Hauptverfahren, dem Verfahren in jure und in judicio, im römischen Civilproceß beruht (Abschnitt 2), zum Theil die im ersten Kapitel angedeuteten Grundfragen des heutigen Civilproceßrechts. (Abschnitt 3.)

Digitized by Google

Erster Abschnitt.

Resultate für die Lehre von den Exceptionen.

I. Der Exceptionsbegriff. — Materiellrechtlicher Inhalt aller Exceptionen. — L. 2 pr. de exceptionibus.

Durch die Widerlegung der Proceßeinredentheorie ist vorerst Gewißheit darüber gewonnen, daß das Institut der Exceptio, gleich dem der Actio, seinem Inhalt nach ausschließlich dem materiellen Recht angehört. Die Exceptionsrechte haben nicht die zwitterhafte, zwischen materiellem Recht und Proceßrecht, zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht schwankende Natur, die man ihnen bisher allgemein beigelegt hat. Sämmtliche Exceptionen sind privatrechtliche Befugnisse, durch welche andern angriffsweise verfolgbaren privatrechtlichen Befugnissen vertheidigungsweise begegnet wird. Alle Exceptionen beziehen sich auf den eingeklagten Rechtsanspruch, auf das materielle Streitverhältniß (die res in judicium deducta), keine ist gegen die Klagform, den Proceß (das judicium) gerichtet. Es giebt so wenig eine Exceptio wie eine Actio proceßrechtlichen Inhalts oder Gegenstandes. Das einzige Processualische an den Exceptionen ist, gerade wie an den Actionen, die Form, in welcher sie gerichtlich geltend gemacht werden. Bloß die Exceptionshandlungen (das Excipiren, der modus excipiendi) gehören in das Proceßrecht. Die Exceptionsrechte (das jus excipiendi) gehören voll und ganz in das Privatrecht.

Es ist noch darauf hinzuweisen, wie sehr dieses Ergebniß im Einklang mit dem steht, was wir aus den Quellen über den Exceptionsbegriff wissen.

Die römischen Juristen heben nicht bloß die völlige Gleichartigkeit von actio und exceptio, die doch zum min-

Digitized by Google

deſten vorausſetzt, daß beide Begriffe auf dem Boden deſſelben Rechtsgebiets ſtehen, mit der größten Entſchiedenheit hervor[1]), ſondern ſie ſagen auch aller Orten, daß die exceptio gegen die actio gerichtet ſei, daß die actio durch die exceptio beſeitigt, entkräftet werde u. ſ. w.[2]) Der erſte Blick auf irgend eine dieſer Stellen genügt, um uns davon zu überzeugen, daß die römiſchen Juriſten hierbei auch nicht im entfernteſten daran gedacht haben, das Wort actio im Sinne von Klaghandlung, von Klagform zu gebrauchen: ſie ſprechen vom Klagrecht.[3]) Sie ſagen,

1) Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est (L. 1 de exc. 44, 1, Ulp.). Vergl. l. 19 pr. de probation. 22, 3. Sehr deutlich prägt ſich die ausſchließliche Richtung der exc. gegen den eingeklagten Anſpruch auch in l. 9 de exc. 44, 1 aus.

2) Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur (L. 112 de R. J.). — Quasi nulla sit actio, quae exceptione repellitur (L. 7 §. 8 de dolo 4, 3). — Creditores accipere debemus, qui aliquam actionem — habent, sic tamen ne exceptione summoveantur (L. 42 §. 1 de O. et A. 44, 7). — Creditor autem is est, qui exceptione perpetua summoveri non potest, qui autem temporalem exceptionem timet, similis est conditionali creditori (L. 55 de V. S.). — Vergl. l. 3 §. 1 de pec. const. 13, 5, l. 14 de compens. 16, 2, l. 10 de V. S., l. 108 eod., l. 66 de R. J.

3) Von einer Entkräftung oder Beſeitigung der Klagform durch die exceptio konnten ſie garnicht ſprechen. Denn die Klagform exiſtirte in concreto nicht eher, als bis die actio ertheilt, d. h. die Litiscontestation vollzogen war. Von dieſem Moment ab war ſie aber unwiderruflich: non quemadmodum fidejussoris obligatio in pendenti potest esse et vel in futurum concipi, ita judicium in pendenti potest esse (l. 35 de jud. 5, 1). Sobald alſo die Klagform einmal exiſtirte („si actum sit" l. 42 de rei vind. 6, 1) konnte ſie auch nicht mehr bei Seite geſchafft werden, am allerwenigſten durch eine exceptio, die ja ſelber ein untrennbarer Beſtand-

Digitized by Google

daß das Exceptionsrecht dem eingeklagten Anſpruch vernichtend gegenübertrete. Zum ſchärfſten Ausdruck iſt dieß in der bekannten Hauptdefinition von exceptio, in l. 2 pr. de exc. 44, 1. (Ulp. libr. 74 ad Ed.) gekommen:[4])

„Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae „opponi actioni cujusque rei solet ad (ex)cludendum „id, quod in intentionem condemnatio„nemve deductum est."

Im erſten Theil ſeiner Definition (Exceptio — solet) bemerkt Ulpian zunächſt ganz allgemein, daß die exceptio der actio entgegentritt. Bis dahin könnte man vielleicht noch im Ungewiſſen darüber ſein, welches Element der actio, das proceſſualiſche oder materielle, von der exceptio betroffen werde. Dieſe Ungewißheit behebt aber Ulpian ausdrücklich und mit aller Umſtändlichkeit durch die letzten Worte (ad — est). Er ſagt nicht, daß die exceptio gegen die intentio oder condemnatio ſelber gerichtet ſei, ſondern er verſichert, die exceptio diene dazu, um das, was in jene Formeltheile eingekleidet ſei, (id quod in intentionem condemnationemve deductum est) zu beſeitigen. Deutlicher und anſchaulicher, als es hier Ulpian gethan hat, konnte uns doch unmöglich geſagt werden, daß die exceptio nicht gegen die Form, ſondern gegen den Inhalt der Klage, nicht gegen die Klaghandlung, ſondern gegen den eingeklagten Anſpruch gerichtet ſei! Wie man dieſer Stelle gegenüber davon, daß es Exceptionen gebe, „welche den materiellen Rechtsanſpruch des Klägers ganz und gar nicht berühren" und „auf den Inhalt und die Beſchaffenheit des

---

theil der Klagform war, alſo durch deren Beſeitigung vor Allem ſich ſelber hätte vernichten müſſen.

4) Vergl. über dieſe Stelle im Allgemeinen: Bekker, proceſſ. Conſumtion S. 92. 93, Ubbelohde, Ipso jure comp. S. 127 ff., Dernburg, Compenſation, 2. Aufl. S. 204 ff.

Digitized by Google

klägerischen Rechts, gleichwie auf dessen Existenz und Geltung an sich schlechthin keinen Bezug haben", sprechen und nicht einmal ein Wort zur Erklärung dieses krassen Widerspruchs für nöthig befinden kann, ist eben eine der Unbegreiflichkeiten, deren die Proceßeinredenliteratur so viele aufzuweisen hat.[5])

II. Die dilatorischen Exceptionen = zeitweilige Hemmnisse des Klagrechts. — Eintheilung in temporelle und in Sachlegitimations-Einreden. — Nahe Verwandtschaft zwischen dilatorischen und peremtorischen Exceptionen.

Der Wegfall der Proceßeinreden hat besonders für die Lehre von den dilatorischen Exceptionen Bedeutung. Diese Lehre ist durch die Hereinziehung der „proceßverzögerlichen" Einreden[6]) in einer Weise verwirrt und verfälscht, daß sie den Tadel, der ihr so reichlich widerfahren ist,[7]) im vollsten

5) Man hat es sich überhaupt mit den processualischen Exceptionsrechten leicht genug gemacht. Wo sie unbequem waren, sind sie mit der größten Unbefangenheit ignorirt worden. Namentlich ist dieß durchweg bei der Definition von Exceptio geschehen. Hätte man consequent verfahren und eine auch auf die Proceßeinreden passende Definition von Exceptio aufstellen wollen, so wäre es offen zu Tage getreten, daß durch die Proceßeinreden aller der Fortschritt, den man in neuester Zeit in der Ergründung und sichern Begränzung des Exceptionsbegriffs gemacht zu haben glaubt, völlig in Frage gestellt war. Man hätte wieder zu der verpönten Lehre der früheren Jahrhunderte, Exceptio sei Alles, was der Beklagte zu seiner Vertheidigung anführe, zurückkehren müssen. In welche Nöthe man geräth, wenn man die Proceßeinreden mit den Sacheinreden in eine Definition bringen will, hat sehr drastisch Gesterding, Ausbeute 2 S. 163 ff. gezeigt.

6) Ueber die Mißverständnisse, durch welche man dazu verleitet worden ist, die Proceßeinreden gerade unter die dilatoriae exceptiones zu subsumiren, s. oben S. 21. 22. 70—74. 109.

7) S. oben S. 15.

Digitized by Google

Maße verdient.[8]) Es unterliegt jetzt nicht mehr dem mindesten Zweifel, daß jener monströse Doppelbegriff von proceß- und sachverzögerlichen Einreden dem römischen Recht fremd ist.

Es giebt nur die eine Art von dilatorischen Exceptionen. Wie alle Exceptionen, so beziehen sich auch die dilatorischen sämmtlich auf den eingeklagten Anspruch, auf die merita causae selbst. Sie sind nicht exceptiones, quae judicium, sondern exceptiones quae actionem i. e. jus agendi differunt: zeitweilige Hemmnisse des Klagrechts.[9])

---

8) S. namentlich die sehr tüchtigen Ausführungen von Gesterding, Ausbeute 2 S. 163 ff. — Pfeiffer a. a. O. nimmt an der Combination von exc. dilatoriae judicii und dilatoriae solutionis keinen Anstoß: er hält die verworrene Theorie der romanischen Jurisprudenz lediglich für einen klareren Ausdruck der römischen Rechtsbestimmungen, und meint, sie sei auch für das heutige Recht vollkommen ausreichend und richtig; er versichert: „Die dogmatisch-praktischen Resultate werden sich an der Hand dieser gründlichen Erforschung der einzelnen Phasen ihres Bildungsganges gewissermaßen als die reife Frucht vom Baum der Geschichte ablösen.“! (Zeitschr. f. Civilr. N. F. 12 S. 157.) Recht merkwürdig ist auch, daß er dem Begriff der dilatorischen Einreden eine vorwiegend politische Bedeutung beimißt: „Das eigentliche Specificum der exc. dil. vel temporales wurde durch ihre zeitlich begrenzte Geltung gebildet und für ihre Unterscheidung von den exc. peremtoriae vel perpetuae war daher (!), wie schon oben bemerkt worden, mehr ein politisches als ein streng juristisches Motiv gegeben.“! (a. a. O. 11 S. 111.)

9) L 2 §. 4 de exc. 44, 1: „— utputa dilatoria est exceptio, quae differt actionem“. Ueber die rein sachliche Bedeutung dieses „actionem differre“ vergl. z. B. l. 5 §. 2 ut legator. 36, 3 (si dies aut conditio legati fideicommissi petitionem actionemve differre dicatur) l. 118 §. 1 de V. O. 45, 1 (in proposito enim diem non differendae actionis causa insertum videri, sed quo praesens esse ostendatur) und oben Anm. 2. Bisweilen wird „actionem differre“ auch vom Kläger gesagt, dem

Digitized by Google

Der Grund dieses Hemmnisses kann entweder selbst wieder bloß zeitlicher Art, z. B. eine dem Schuldner bewilligte Stundung sein oder in den persönlichen Beziehungen des eingeklagten Rechts beruhen, z. B. darin, daß zunächst eine andere Person für die Zahlung aufzukommen habe. Hiernach zerfallen die dilatorischen Exceptionen in temporelle Einreden (exceptiones temporales s. ex tempore dilatoriae) und in Sachlegitimationseinreden (exceptiones ex persona dilatoriae).[10])

Nachdem der Begriff der dilatorischen Exceptionen die richtige Begrenzung erhalten hat, wird es sogleich offenbar, daß die Eintheilung der Einreden in peremtorische und di-

---

der Rath ertheilt wird, seine Klage wegen der dilatoria exceptio vorerst lieber noch aufzuschieben: Ga. 4, 123, §. 10 J. de exc. Gerade hierin aber liegt ein sehr klarer Beweis dafür, daß von einer Unzulässigkeit des Processes garnicht die Rede ist: denn bei jenem Rath wird ja vorausgesetzt, daß es dem Kläger freisteht, schon jetzt den Proceß anzustellen. — Der Ausdruck „judicium s. litem differre" kommt bezüglich der dilatoriae exceptiones nirgends vor; er wird nur zur Bezeichnung von Maßregeln gebraucht, durch welche der magistratus in der That die Litiscontestation oder das Urtheil vorerst noch auf einige Zeit hinausschiebt, z. B. zur Bezeichnung des Präjudicialdekrets, vergl. tit. Dig. de feriis et dilationibus 2, 12 u. l. 36 pr. de jud. 5, 1.

10) Ga. 4, 124, §. 11 J. de exception., s. oben S. 41 u. 63. Vergl. l. 2 §. 3 i. f. de exc. 44, 1 (non prorsus litem infitiatur, sed personam evitat.) Diese einzige quellenmäßige Eintheilung der dilatorischen Exceptionen bezweckt übrigens wohl nur eine Orientirung über den verschiedenartigen Inhalt jener Exceptionen. Einen praktischen Werth, insofern als für beide Klassen irgend verschiedene Grundsätze in Anwendung kämen, hat sie nicht. Dasselbe scheint mir auch von der Unterscheidung zu gelten, die Unger, österr. Privatr. 2 S. 498—500 zwischen den dilatorischen Exceptionen, die gegen den Anspruch selbst und denjenigen, die nur gegen dessen gerichtliche Verfolgbarkeit gerichtet sind, aufstellt.

Digitized by Google

latorische bei weitem nicht die große Bedeutung hat, welche man ihr, beeinflußt von der Proceßeinredentheorie, bisher beigemessen hat. Wären die dilatorischen Einreden wirklich zum Theil Proceßeinreden, so würde freilich zwischen ihnen und den peremtorischen Einreden ein so großer Unterschied bestehen, wie er innerhalb eines und desselben Rechtsinstituts nur selten vorkommen dürfte: es läge Alles zwischen ihnen, was zwischen dem materiellen Streitverhältniß und dem Proceßverhältniß, zwischen Privatrecht und Civilproceßrecht an Gegensätzen liegt. Wir wissen aber jetzt, daß beide Exceptionsarten lediglich dem Privatrecht angehören. Die exceptio dilatoria ist gerade so wie die peremtoria ein dem eingeklagten Anspruch anhaftender Mangel, eine Affektion, eine Beschränkung (exclusio) desselben, ein Ausschnitt, durch den die glatte Grenzlinie des gewöhnlichen Thatbestandes eines Rechtsanspruchs ausgezackt wird. Der Unterschied der beiden Exceptionsarten besteht bloß darin, daß die peremtorischen Exceptionen eine dauernde, die dilatorischen eine interimistische Beschränkung des klägerischen Rechts sind. Die ersteren treten dem Klagrecht unter allen Umständen entgegen, die letzteren können vom Kläger vermieden werden.[11]) Wie nahe sie einander stehen, zeigt sich insbesondere darin, daß eine und dieselbe exceptio je nach Umständen einen peremtorischen oder dilatorischen Charakter annehmen kann. Wir haben Gelegenheit gehabt, dieß von der procuratoria exceptio zu bemerken.[12]) Aehnliches gilt von der exceptio doli: gewöhnlich peremtorisch, nimmt sie doch bisweilen z. B. in ihrer Funktion als Retentions-

11) L. 3 de exc. 44, 1 (Ga. libr. 1 ad Ed. Prov.): Perpetuae atque peremtoriae sunt, quae semper locum habent nec evitari possunt. — Temporales atque dilatoriae sunt, quae non semper locum habent, sed evitari possunt.

12) S. oben S. 70—74.

Digitized by Google

einrede, die Natur einer dilatorischen Einrede an. Und auch mit der exceptio pacti de non petendo steht es im Grunde genommen nicht anders: sie erscheint bald als peremtorische, bald als dilatorische Einrede, je nachdem der Gläubiger seinem Schuldner die Zahlung für die Dauer oder bloß auf Zeit bewilligt hat. Ja, es fehlt nicht an Beispielen, daß im einzelnen Falle die Grenze zwischen der peremtorischen und dilatorischen Beschaffenheit flüssig und schwer bestimmbar ist.[13])

Aus dieser nahen Verwandtschaft der beiden Exceptionsarten wird es endlich auch erklärlich, wie sie im römischen Recht fast durchweg praktisch gleich behandelt werden konnten: eine Uniformität, die vom Standpunkte der Proceßeinredentheorie aus betrachtet, freilich höchst befremdlich erscheinen mußte und theils die willkürlichsten Beseitigungsversuche hervorgerufen, theils dem römischen Recht den Vorwurf einer unsinnigen Formstrenge eingetragen hat. Hiervon ist im Folgenden näher zu handeln. Dort wird auch die Frage zur Erledigung kommen, ob nicht, wie von mancher Seite behauptet worden ist, der Begriff der dilatorischen Exceptionen durch Justinian eine Umgestaltung erfahren[14]) oder ob der von der modernen Rechtswissenschaft aufgestellte Begriff von proceß- und sachverzögerlichen

13) L. 56 de cond. ind. 12, 6 (s. oben S. 72 Anm. 69). Wie verfehlt es jedoch ist, deßhalb eine besondere Klasse „gemischter" Einreden aufzustellen, bedarf kaum der Bemerkung. Es versteht sich von selbst, daß jede Einrede im einzelnen Falle entweder rein peremtorisch oder rein dilatorisch ist. Nur noch in der Civilproceßtheorie finden sich solche „gemischte" Begriffe vor, die eben nichts anderes sind, als das offene Bekenntniß, daß man sich über die Unterschiede zweier anderer Begriffe nicht klar ist. Zur Beseitigung der gemischten Einreden scheint es eines besonderen Buchs bedurft zu haben: G. E. Schmidt, die gemischten Einreden, 1839.

14) S. unten S. 275—284.

Digitized by Google

Einreden etwa als ein selbstständiges Erzeugniß unserer eignen Rechtsentwickelung anerkannt und beibehalten werden muß.[15])

III. Die Exceptionsregeln. — Unverträglichkeit mit den Proceßeinreden. — Dispositive Natur der Exceptionsrechte. — Processualisches Stadium des Exceptionsbeweises = Sachverhandlung. — L. 19 C. de probationibus. — Die „restriktive" Interpretation dieser Stelle. — Widerlegung. — Erfolg des Exceptionsbeweises = Sachentscheidung. — Nothbehelfe der Proceßeinredentheorie. — Relaxatio ab observatione judicii oder absolutio ab instantia. — Uebliche Interpretation von §. 10 J. de exceptionibus. — Widerlegung. — Sachwirkung aller dilatorischen Exceptionen = absolutio ab actione auf Zeit. — Ursprung und Wesen der Abweisung angebrachtermaßen. — Unveränderte Fortdauer des früheren Begriffs von dilatoria exceptio im Justinianischen Recht. — Zusammenstellung der Hauptresultate.

Aehnlich wie mit dem Exceptionsbegriff verhält es sich auch mit den einzelnen von dem Institut der Exceptio geltenden Grundsätzen. Sie sind ebenfalls ausschließlich auf Sacheinreden berechnet. Sie erhalten ebenfalls erst durch die Beseitigung der Proceßeinreden Wahrheit und sichern Bestand.

Daß die Exceptionsregeln auf die Proceßeinreden nicht anwendbar sind, ist schon oft bemerkt und schwer empfunden worden. Mit den bloßen Begriffsschwierigkeiten mochte sich eine laxe Theorie wohl noch abzufinden wissen. Die praktischen Consequenzen des Proceßeinredenbegriffs konnte man aber nicht mit gleicher Geduld hinnehmen. Man hat sich stets über dieselben hinweggesetzt: die Grundsätze, welche von den processualisch-dilatorischen Exceptionen

15) S. unten S. 297 ff.

Digitized by Google

vorgetragen werden, sprechen den Exceptionsregeln geradezu Hohn.

Dieser Uebelstand ist schon gelegentlich unserer Specialuntersuchungen wiederholt zur Sprache gekommen: wir haben dort namentlich bemerkt, wie stark man gegen die Grundprincipien des Exceptionsinstituts [16]) verstößt, indem man die „proceßrechtlichen" Exceptionen, wie z. B. die exceptio procuratoria und praejudicii für Einreden erklärt, welche, ohne vom Beklagten vorgebracht zu sein, doch von Amtswegen beachtet werden müßten. [17]) Man ist durch die Proceßeinreden aber auch noch zu manchen andern, fast

16) S. z. B. Bethmann-Hollweg, Civilproceß 2 S. 398: „Die Natur der Einreden als selbstständiger vom Beklagten geltend zu machenden Rechte", Maxen, Beweislast S. 86: „Das Exceptionsrecht ist nämlich ein Privatrecht des Beklagten und seiner freien Disposition wie jedes andere ihm zustehende Recht unterworfen", Unger, österr. Privatr. 2 S. 492—494. Daß die Activität, die Initiative, die Opposition des Beklagten für die exceptio wesentlich ist, wird doch auch in der oben angeführten Legaldefinition von exc. (l. 2 pr. de exc.) deutlich genug hervorgehoben, und es ist bekannt, daß diese Opposition sogar bis zu einem bestimmten Zeitpunkte des Verfahrens erfolgen mußte, damit die exceptio berücksichtigt werden konnte. Und gerade bei den dilatorischen Exceptionen, zu denen man jene „von Amtswegen" zu beachtenden Proceßeinreden rechnet, wurde dieser Grundsatz mit einer besonderen Strenge gehandhabt, so daß selbst die Zulässigkeit der in integrum restitutio beanstandet wurde: dilatoria vero si non fuerit usus, an in integrum restituatur, quaeritur (Ga. 4, 125). Hieran wurde auch noch in der späteren Zeit festgehalten, nachdem man die Nachholung der peremtorischen Einreden schon allgemein zu gestatten angefangen hatte: Diocletian schreibt ausdrücklich vor, daß die dilatorischen Einreden im Proceßbeginn vorgeschützt werden sollen: l. 19 C. de prob. 4, 19 (s. unten S. 268).

17) S. oben S. 54 u. S. 161—163.

Digitized by Google

ebenso unerträglichen Widersprüchen gedrängt worden, die nunmehr einer genaueren Betrachtung zu unterwerfen sind.

a. Das processualische Stadium des Exceptionsbeweises.

Der rein sachliche, privatrechtliche Inhalt der Exceptionen ist für die Gestaltung des römischen Exceptionsverfahrens nach allen Seiten hin bestimmend gewesen. Die Natur der Exceptionen als privatrechtlicher Gegenansprüche des Beklagten hat nicht bloß zur Folge gehabt, daß sie, gleich den ihnen durchaus homogenen Actionen, nur auf Antrag der interessirten Partei berücksichtigt werden durften und von ihr bewiesen werden mußten, sondern sie ist auch für die Frage maßgebend gewesen, in welchem Proceßstadium die Exceptionen zur Verhandlung und zum Beweise zu verstellen seien.

Die Exceptionen wurden gerade so wie die Actionen durch die Formula instruirt. Sie gelangten also erst nach der Litiscontestation, in der Sachverhandlung zur thatsächlichen Zergliederung und zum Beweise. Beweiserhebungen über irgend eine Exceptio wären vor der Litiscontestation eine baare Unmöglichkeit gewesen: die Exceptio hatte vorher noch gar keine processualische Existenz.

Wir wissen über diese Frage aber noch Genaueres. Der Exceptionsbeweis gehörte sogar an das Ende des Verfahrens in judicio, er bildete den Schluß der Sachverhandlung. Und dieß ist gerade bezüglich derjenigen Einreden, zu denen man die Proceßeinreden rechnet, besonders beglaubigt: l. 19 C. de probation. 4, 19 (Dioclet. et Maxim.):

„Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero postquam actor monstraverit, quod asseverat, oportet."

Digitized by Google

Diese Stelle hat der Proceßeinredentheorie von jeher das größte Aergerniß bereitet. Die moderne Rechtswissenschaft konnte das Verfahren der l. 19 cit. unmöglich auch von den exceptiones dilatoriae judicii gelten lassen. Es lag zu offen zu Tage, daß es mehr als thöricht wäre, diejenigen Fragen, von denen die Zulässigkeit und Gültigkeit des Processes abhängt, erst am Ende desselben zur Verhandlung zu verstellen. Wer möchte sich vorschreiben lassen, daß er ein Mittel, dessen Tauglichkeit zweifelhaft ist, vorerst auf gut Glück in Anwendung bringen müsse und dann erst seine Tauglichkeit untersuchen dürfe? Zu einer solchen Umkehr aller vernünftigen Ordnung konnte man sich nicht verstehen, auch wenn sie noch so deutlich in den Quellen befohlen zu sein schien. Man mußte sich über eine so „ungereimte“[18]) Vorschrift hinwegsetzen und hat es stets gethan: die processualisch-dilatorischen Einreden sind trotz l. 19 C. de probat. stets vor dem Klagbeweis zum Beweise verstattet worden. Gerade hiervon erhielten sie schon frühzeitig den bezeichnenden Namen „exceptiones declinatoriae judicii“. Durch diese Abweichung von den Exceptionsregeln schien das Wesen der Proceßeinreden am treffendsten gekennzeichnet.

Wie sollte man sich aber nun mit l. 19 C. de probat. abfinden? Hier waren die willkürlichsten Mittel, die verzweifeltsten Interpretationskünste zur Pflicht gemacht.[19])

In Ermangelung anderer Hülfsmittel hat man sich mit einer „restriktiven“ Interpretation zu helfen gewußt. Man sagt, es sei unmöglich, daß Diocletian alle dilatorischen Einreden, auch die exc. dilatoriae judicii, gemeint habe, daher sei l. 19 „ungeachtet ihres allgemeinen Wort-

18) Gesterding, Ausbeute 2 S. 181.

19) S. die Literaturnachweisungen bei Pfeiffer a. a. O. S. 131, Anm. 98, vergl. Wetzell, System S. 886, Anm. 13.

Digitized by Google

lauts“[20]) nicht von jenen dilatorischen Einreden zu verstehen. Diese „Auslegung“ findet sich schon bei den Glossatoren und ist seitdem mit großer Beharrlichkeit festgehalten worden. Bloß Donellus verstand sich nicht zu einer solchen Willkür, allerdings nur, um in noch größere Willkür zu verfallen. Er schlug, ohne jede handschriftliche Gewähr, kurzweg vor, man möge in l. 19 statt „dilatoriam“ lieber „peremtoriam“ lesen.[21]) Er bemerkte nicht, daß er dadurch nur wieder einen recht schlimmen Fehler in die Stelle hinein corrigirte: für die peremtorischen Einreden war das „opponi initio oportet“ fast eben so unrichtig, als es das „post intentionem probari oportet“ für die Proceßeinreden erschien.[22]) Begreiflicher Weise hat diese Emendation keinen Beifall gefunden und so ist man denn nach wie vor bei jener restriktiven Interpretation stehen geblieben.[23])

Dieser Nothbehelf empfiehlt sich aber doch wohl nur in sofern, als man auf solche Weise Alles, was man in eine Stelle hineinzulegen für nothwendig hält, auch sicherlich wieder aus ihr herausbekommt.[24]) Und hier hat diese Me-

---

20) Pfeiffer a. a. O. S. 131.

21) Donellus, comment. jur. civ. 22, 8 §. 8.

22) Vergl. über diese Frage Bethmann-Hollweg, Civilpr. 3 S. 268 und die ausführlichen Erörterungen von Wieding, Libellproceß S. 210—235.

23) Noch in neuester Zeit ist sie z. B. von Puchta (Institut. 2 S. 232), Pfeiffer a. a. O., Wetzell (Anm. 19) und Bethmann-Hollweg (Gerichtsverf. und Proceß des sinkenden röm. R. S. 263. Anm. 13. 14, der Civilproceß des gem. R. 3 S. 266. 267) Endemann (Civilpr. S. 646. 648) gebilligt worden.

24) Der ehrliche Gesterding (a. a. O. S. 181) sagt: „Diese Meinung scheint schon von den Glossographen herzustammen. Und in der That muß man schon damit zufrieden sein; ich wüßte wenigstens keine bessere.“

Digitized by Google

thode einen ganz besonderen Erfolg gehabt: man hat aus l. 19 nicht bloß etwas herausbekommen, was der Gesetzgeber verschwiegen hat, sondern sogar etwas, wovon er, wie allgemein zugestanden wird, gar nichts gewußt hat,[25]) ja sogar etwas, wovon er in einer andern Constitution das entschiedenste Gegentheil gesagt hat. Letzteres ist in einer schon oben[26]) bei der Lehre von der exceptio procuratoria in Bezug genommenen Diocletianischen Verordnung, l. 2. C. de eo, qui pro tutore (5, 45) geschehen:

„Non utiliter nominatus tutor, pupillorum nomine „agendo, licet ex eorum persona injunctas „impleat intentiones, exceptione „si tutor „non est" submovetur."

Also: ein nicht gehörig bestellter Vormund, der für den Mündel klagt, wird, auch wenn er die ihm Namens desselben auferlegten Klagbeweise erbringt, dennoch durch die Einrede Mangels Bestellung zurückgewiesen. Hier ist von einer der „processrechtlichen" dilatorischen Exceptionen die Rede, auf welche nach jener „restriktiven" Interpretation das in l. 19 C. de probat. vorgeschriebene Verfahren keine Anwendung finden soll. Und dennoch findet es Anwendung. Diocletian sagt mit den klarsten Worten, daß der Klagbeweis vorher auferlegt und erbracht werde, ehe es zum Beweise jener Einrede komme.[27])

---

25) Denn es wird ja von allen Seiten anerkannt, daß den Römern eine Unterscheidung von materiell- und processualischdilatorischen Exceptionen, wie sie in dieser Stelle stillschweigend gemacht sein soll, gänzlich unbekannt gewesen ist: s. oben Kap. 7, Anm. 2.

26) S. 35.

27) Von ferneren Zeugnissen für die allgemeine Gültigkeit des in l. 19 C. angeordneten Verfahrens mögen nur noch die oben S. 64—70 und 225 genau besprochenen Mittheilungen von Gaius (inst. 4, 124)

Digitized by Google

Hiernach kann von der einschränkenden Auslegung der l. 19 nicht mehr die Rede sein. Sie ist eine Willkürlichkeit, zu der man bloß durch die Proceßeinreden gedrängt worden ist und die sich durch deren Wegfall von selbst erledigt. Wenn man sich davon überzeugt hat, daß alle dilatorischen Exceptionen Sacheinreden sind, so bietet die übel be-

---

über die Consumtionswirkung der exc. cognitoria und (l. 1 §. 1 fam. herc.) über die exclusio des Klägers durch die exc. praejudicii in Erinnerung gebracht werden. Auch ist Quintilian's Darstellung in den inst. orat. IV, 4 §. 6 u. VII, 1 §. 19 seqqu. sehr beachtenswerth. Er stellt hier die Einwendung: „male petis, procuratori tibi esse non licuit" auf die gleiche Stufe der judiciellen Verhandlung, wie das gewöhnliche Sachvertheidigungsmaterial, z. B. wie die Berufung darauf: „neque heres es ejus, a quo accepisse mutuum dicor neque ipse debui". — Neuerdings hat Schmid, Grundlehren der Cession 2 S. 49 jene restriktive Interpretation der l. 19 durch Berufung auf eine Basilikenscholie (ad lib. 22 tit. 1 n. 53) zu unterstützen gesucht. Dieß muß schon deßhalb als verfehlt erklärt werden, weil gerade bezüglich der dort erwähnten exc. procuratoria sich in der Zeit zwischen Diocletian und Justinian eine Aenderung vollzogen hat (l. 24 C. de procur.), vermöge deren es überhaupt nicht mehr zu einer wahren exceptio procuratoria kommen konnte, sondern die Legitimation der Proceßvertreter zu einer vor der Litiscontestation zu beweisenden Proceßvoraussetzung geworden war. Zudem hat Schmid nur einige Worte aus jener Scholie mitgetheilt, ohne zu bemerken, daß Anatolius kurz vorher das Gegentheil sagt. Namentlich muß aber darauf verwiesen werden, daß ein anderer Scholiast, Theodorus (ad libr. 8 tit. 2 n. 87) ohne jene Aenderung für maßgebend zu halten, sich dafür entscheidet, daß die exc. procuratoria noch wie nach früherem Recht erst nach der Litiscontestation bewiesen werden dürfe: „aut capieconst. 24 (C. de procur.) tamquam de falso procuratore dumtaxat loquentem et post litem contestatam dictam exceptionem examinari permittentem, quod rationi est consentaneum.

Digitized by Google

rufene l. 19 nicht die geringste Schwierigkeit dar. Daß der Sacheinredenbeweis hinter die Litiscontestation und hinter den Klagbeweis gehört, ist noch nie bestritten worden.

b. Der Erfolg des Exceptionsbeweises.

Am deutlichsten zeigt sich die rein sachliche Natur der Exceptionen in der durchweg sachlichen Wirkung des Exceptionsbeweises. Der Beweis einer jeden Exceptio zog im römischen Civilproceß eine Sachentscheidung nach sich. Auf Grund jeder exceptio erfolgte ein Urtheil über den eingeklagten Anspruch, über die res in judicium deducta selbst: der Kläger wurde sachfällig, der Beklagte wurde von der Schuld freigesprochen. Die ausnahmslose Gültigkeit dieses Grundsatzes ist, wenigstens für das classische Recht, unbestritten, namentlich ist es gewiß, daß er auch auf sämmtliche dilatorische Exceptionen strikte Anwendung fand.

Aus dieser sachlichen Wirkung des Exceptionsbeweises sind, wie wir schon hie und da zu bemerken Veranlassung hatten,[28]) für die Proceßeinredentheorie die größten, jedem Erklärungsversuch Trotz bietenden Schwierigkeiten erwachsen. Eine Proceßeinrede beweisen, heißt doch nichts anderes, als darthun, daß der Proceß so, wie er angestellt worden ist, unzulässig und hinfällig ist. Und dennoch sollte im römischen Recht der Beweis einer solchen Einrede nicht die Ungültigkeit des Processes nach sich gezogen haben? Das Gericht hätte trotzdem, daß es rechtzeitig auf die Unzulässigkeit des intendirten Verfahrens aufmerksam gemacht und von dessen Mangelhaftigkeit feierlichst überzeugt worden wäre, dennoch von diesem Verfahren nicht Abstand genommen, sondern in der sicheren Voraussetzung, etwas Rechtswidriges und Nichtiges vorzunehmen, eine Sachent-

28) S. 64—70, 107, 108, 111, 163—166.

Digitized by Google

scheidung gefällt haben? Welchen Nutzen hätten denn überhaupt die Proceßeinreden gehabt, wenn sie das Gericht nicht vor einer solchen Thorheit behütet hätten? Ihre einzige Bestimmung ist doch nur die, ungehörigen, gegen die Proceßrechtsregeln verstoßenden Processen vorzubeugen! So lange man im modernen Recht von Proceßeinreden gesprochen hat, ist dieß, wie schon der Name exceptio declinatoria judicii zeigt, als ihr einziger Zweck und als ihre einzige mögliche Folge angesehen worden. Man hat es immer als selbstverständlich betrachtet, daß sie keine absolutio ab actione, sondern eine absolutio ab instantia, eine Abweisung der fehlerhaft angestellten Klage angebrachtermaßen, nach sich ziehen könne.

Und haben etwa die Römer eine solche Abweisung angebrachtermaßen noch nicht gekannt? Ist dieses wichtige Institut erst eine Erfindung der Neuzeit? Keineswegs. Jenes Institut hat, so wenig man auch bisher darauf geachtet hat, von jeher im römischen Recht bestanden und dort schon die ausgedehnteste Anwendung gefunden, nur unter einem anderen Namen, nämlich als denegatio actionis.[29]) In dieser so oft erwähnten Klagabweisung a limine judicii, in dieser Weigerung des magistratus, es in der vom Kläger beabsichtigten Weise zum Proceß und zum Urtheil kommen zu lassen, besaßen die Römer das Mittel, um die Klage wegen processualischer Mängel, ohne der Sachentscheidung irgend vorzugreifen, zurückweisen zu können. Und doch sollten sie davon keinen Gebrauch gemacht und es vorgezogen haben, trotz oder vielmehr wegen der Unzulässigkeit des Processes denselben einzuleiten und sodann deßwegen, weil man diesen Fehler begangen hatte, den Beklagten von dem erhobenen wohlbegründeten Anspruch freizusprechen?

29) Vergl. unten S. 281, 282 und Abschnitt 2 gegen Ende.

Digitized by Google

Es gehört fürwahr eine geringe Achtung vor der Größe des römischen Rechts dazu, um es eines solchen Widersinnes, einer solchen Rohheit für fähig zu halten.[30]) Und doch ist man, so lange man einmal an die Existenz römischrechtlicher Proceßeinreden glaubte, außer Stande gewesen, diesen Vorwurf vom römischen Recht abzulehnen. Der Satz, daß jede Exceptio Sachfälligkeit zur Folge habe, ist in den Quellen zu sicher beglaubigt, als daß man es auch hier mit einer „restriktiven" Interpretation hätte wagen können.

Nur ein Versuch ist gemacht worden, um über jene Schwierigkeit wenigstens halbwegs hinwegzukommen. Man behauptet nämlich, die Härte des früheren Rechts sei doch schließlich im Justinianischen Recht glücklich beseitigt worden: Justinian habe angeordnet, daß diejenigen Exceptionen, zu denen man die Proceßeinreden rechnet, die dilatorischen Exceptionen, insgesammt nicht mehr wie früher eine Sachentscheidung, sondern bloß ein Abstehen vom obschwebenden Processe, eine s. g. relaxatio ab observatione judicii oder absolutio ab instantia, zur Folge haben sollen.[31])

30) Wie man sich auch hierein getrost zu finden gewußt hat: wie man namentlich in Folge dessen dem römischen Recht eine eigenthümliche civilprocessualische Straftheorie zugedacht hat, wonach die Verletzung einer Civilproceßvorschrift, die das Gericht beging, als ein Vergehen des Klägers an diesem und an seinem guten Recht geahndet worden sei, s. oben S. 108 Anm. 54 S. 164, 165. Vergl. insbesondere auch die Bemerkungen von Pfeiffer, a. a. O. 11 S. 108—110.

31) Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigk. S. 14. 15, Pfeiffer, a. a. O. 11 S. 134, Puchta, Institutionen 2 §. 186 S. 236. 237, Müller, Institutionen S. 91, Bangerow, Pandekten §. 160, 1 S. 348, Unger, österr. Privatr. 2 S. 508 Anm. 36a, Wetzell, System §. 14 S. 109—111, §. 64 S. 810, Endemann, Civil-

Digitized by Google

Dieser Behauptung muß jedoch der entschiedenste Widerspruch entgegengesetzt werden. Eine gründliche Berichtigung des hier obwaltenden Irrthums ist um so mehr geboten, als es sich nicht bloß, wie bei der herkömmlichen Interpretation von l. 19 C. de probat. um eine im Uebrigen unschädliche Bemäntelung der Proceßeinredentheorie, sondern um eine totale, noch im heutigen Recht fortwirkende Corruption der Lehre von den dilatorischen Einreden und überdieß auch um eine Entstellung der Lehre vom Urtheil handelt.

Die in Frage stehende Bestimmung Justinians, §. 10 J. de exc., 4, 13, lautet:

„ergo hi, quibus intra tempus agere volentibus „objicitur exceptio aut pacti conventi aut alia simi„lis, differre debent actionem et post tempus agere: „ideo enim et dilatoriae istae exceptiones appellan„tur. Alioquin, si intra tempus egerint objectaque „sit exceptio, neque eo judicio quidquam conse„querentur propter exceptionem nec post tempus „olim agere poterant, cum temere rem in judicium „deducebant et consumebant, qua ratione rem „amittebant. Hodie autem non ita stricte haec „procedere volumus, sed eum, qui ante tempus „pactionis vel obligationis litem inferre ausus est, „Zenonianae constitutioni subjacere censemus, quam „sacratissimus legislator de his qui tempore plus „petierunt, protulit, ut et inducias, quas, si (v. sive) „ipse actor sponte indulserit vel natura actionis

---

proceßrecht S. 645, 646. Eine richtigere Auffassung findet sich bloß bei Buchka, Einfluß des Processes 2 S. 18 ff., Wächter, Erörterungen 3 S. 51 ff., und namentlich bei Bethmann-Hollweg, Civilproceß d. gem. R. Bd. 3, 1866, S. 267. 292 (abweichend von der Darstellung in der früheren Bearbeitung des Justinian. Proceßrechts, Handb. des Civilpr. Bd. 1, 1834, §. 23 S. 264).

Digitized by Google

„continet, contempserat, in duplum habeant hi, qui „talem injuriam passi sunt, et post eas finitas non „aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis „antea acceperint, ut actores, tali poena perterriti, „tempora litium doceantur observare."

Justinian berichtet in dieser Stelle zunächst über das frühere Recht. Wer damals wegen einer Stundungseinrede oder einer anderen ähnlichen abgewiesen worden sei, habe in Folge der processualischen Consumtion später nicht von Neuem klagen können. Er wolle es aber nicht mehr so streng damit gehalten wissen, sondern bestimme, daß, wer vorzeitig geklagt habe, nach den Grundsätzen, welche Kaiser Zeno über die pluris petitio tempore aufgestellt habe, beurtheilt werde, wonach es sein Bewenden dabei haben solle, daß der Beklagte die doppelte Frist bewilligt erhalte und, bevor er sich auf die neue Klage einlasse, alle Proceßkosten im Voraus ersetzt zu verlangen berechtigt sei.

Die Aenderung, welche Justinian hier vornimmt, besteht also lediglich darin, daß er dem Kläger, der wegen einer temporell-dilatorischen Einrede [32]) den Proceß verloren hat, erlaubt, seinen Anspruch später, nach Ablauf der doppelten Frist, gegen Kostenerstattung nochmals einzuklagen. Die Neuerung bezieht sich auf die Folgen, welche das frühere Urtheil für den späteren Proceß haben soll.

Ueber die Einrichtung und Abfassung jenes ersten Urtheils, insbesondere davon, daß im ersten Proceß keine Sachentscheidung, sondern eine bloße relaxatio ab observatione judicii oder absolutio ab instantia ergehen solle, ist in unserer Stelle kein Wort gesagt. Und auch in der

32) Nur auf diese Art von dilatorischen Einreden bezieht sich Justinians Verordnung, nicht auf die Sachlegitimationseinreden; von diesen ist erst in §. 11 die Rede, ohne daß auf die Bestimmung von §. 10 verwiesen wird. Die innern Gründe der Beschränkung sind offenbar.

Digitized by Google

dort in Bezug genommenen Constitution von Zeno[33]) über die pluris petitio tempore suchen wir vergebens nach einer solchen Bestimmung. Auch hier ist nichts von einem Abbrechen, von einem Rückgängigwerden des ersten Processes gesagt, es wird bloß, gerade wie in §. 10 cit. verordnet, daß der Kläger, der wegen einer pluris petitio tempore den Proceß verloren habe, mit der Wiederholung der Klage die doppelte Zeit zu warten habe.

Wie ist man aber darauf gekommen, in unsere Stelle dennoch eine „relaxatio ab observatione judicii" hineinzutragen? Einzig und allein aus dem Grunde, weil Justinian in einer anderen, mit §. 10 cit. nicht im entferntesten Zusammenhange stehenden Constitution, nämlich in der vom Contumacialverfahren handelnden l. 13 §. 2 C. de jud. 3, 1, von einer solchen relaxatio spricht![34]) Man wird uns wohl zugestehen, daß dieß eine Willkür ist, gegenüber welcher die oben erwähnte restriktive Interpretation von l. 19 C. de prob. noch als ein besonnenes und wohlbegründetes Verfahren zu loben wäre. Was in aller Welt berechtigt uns, eine Maßregel, die Justinian für das Contumacialverfahren vorschreibt, deßhalb als eine schon vom Kaiser Zeno für die pluris petitio tempore vorgeschriebene Maßregel zu erklären?

Auch an diesem ganzen Versehen trägt wieder nur die Proceßeinredentheorie die geheime Schuld. Wäre man nicht voreingenommen durch den Glauben, daß die dilatorischen Exceptionen Proceßeinreden seien, und den Wunsch, endlich einmal eine für diese Einreden schickliche Urtheilsform aufzutreiben, an die Lectüre des §. 10 cit. gegangen,

---

33) L. 1 (rest.) C. de plus pet. 3, 10, §. 33 J. de act. 4, 6, vergl. Bethmann-Hollweg, Civilpr. 3 S. 246.

34) Vergl. über dieses Institut Planck, a. a. O., Bethmann-Hollweg, Civilpr. 3 S. 309. 310.

Digitized by Google

so hätte es wahrlich Niemanden in den Sinn kommen können, in diese Stelle eine relaxatio ab observ. judicii hineinzulesen. Bei unbefangener Betrachtung ergiebt es sich auf das Klarste, daß Justinian, geschweige denn, daß er die Ungültigkeit oder Hinfälligkeit des früheren Processes vorschreibt, vielmehr das Gegentheil, die Gültigkeit und Wirksamkeit des zuerst geführten Processes, als selbstverständlich betrachtet. Denn er ordnet ja an, daß das in jenem Processe ergangene Urtheil dem Kläger doppelt so lange, als die dem Schuldner laufende Frist beträgt, entgegenstehen solle. Ein solches vollwirksames Urtheil setzt doch vor allen Dingen voraus, daß der Proceß, in welchem es ergeht, gültig und rechtsbeständig und daß dieses Urtheil selber ein wahres und echtes Urtheil, eine Sachentscheidung ist!

Sobald man sich einmal von dem Gedanken an die „proceßverzögerlichen" Einreden losgesagt und eingesehen hat, daß es sich bei den dilatorischen Einreden nicht anders wie bei den peremtorischen um einen Mangel des eingeklagten Rechts handelt, so muß man sich doch auch davon überzeugen, daß kein Schein eines Grundes vorliegt, weßhalb diesen Einreden die sachliche Wirkung abgesprochen werden sollte. Wenn der Schuldner erst nach Ablauf einer gewissen Frist, oder nachdem eine andere Person ausgeklagt ist, zu zahlen braucht, so hat der Gläubiger, der ihn vorher belangt, für jetzt in der Sache selbst Unrecht, nicht weniger, als wenn ihm der Beklagte überhaupt nichts schuldete. Der Kläger wird wegen der Mangelhaftigkeit des eingeklagten Anspruchs, also aus sachlichen Gründen abgewiesen. Weßhalb es hier zu einer Hinfälligkeit des Processes, einem Abbrechen desselben ohne Sachentscheidung, zu einer absolutio ab instantia oder relaxatio ab observ. judicii kommen sollte, ist schlechterdings nicht abzusehen. Deßhalb, weil die eingeklagte Schuld noch nicht

Digitized by Google

fällig ist, wird doch der Proceß noch nicht ungültig! Die Stundung einer Schuld ist doch nicht die Verletzung einer Proceßvorschrift!

Die Härte des classischen Rechts, welche Justinian im §. 10 J. de exc. beseitigt hat, bestand gar nicht darin, daß man es bei den dilatoriae exceptiones zu einer unwiderruflichen Litiscontestation und einem gültigen Sachurtheil hatte kommen lassen, sondern darin, daß man der Litiscontestation und dem darauf gebauten Urtheile auch hier eine dauernde Wirkung beigemessen hatte.[35])

Bloß in dieser Beziehung ist durch Justinian etwas geändert worden: er hat die Wirkung der auf Grund einer dilatoria exceptio ergehenden Sachentscheidung auf eine bestimmte Zeit beschränkt. Durch diese Reform trug er nur in der einsichtigsten Weise der freieren Auffassung des officium judicis und der freieren Interpretation Rechnung, wie sie nach Wegfall der beengenden Formelworte im neueren Recht durchgängig zur Geltung kommen mußte. Früher war es nur möglich gewesen, die Aufforderung zur judicatio auf ein einfaches Ja oder Nein zu stellen: bloß ausnahmsweise, vermittelst einer praescriptio: „ea res agatur, cujus rei dies fuit“ hatte eine zeitliche Begränzung der res in judicium deducta bewerkstelligt werden können. Diese Beschränkung wurde jetzt allgemein Rechtens. Der Vorbehalt: „ea res agatur cujus rei dies fuit“ verstand sich von nun ab von selbst. Durch diesen selbstverständlichen Vorbehalt wurde aber so wenig wie früher durch die ausdrückliche Beifügung einer praescriptio die Gültigkeit der Litiscontestation und des Urtheils irgend wie in Frage gestellt, sondern nur die Wir-

35) Dieselbe Bewandniß hat es auch mit dem causa cadere wegen pluris petitio.

Digitized by Google

kung des rechtmäßig ergangenen Urtheils gemildert und auf Zeit beschränkt.

Der im Vorstehenden widerlegte Irrthum hat zwei sehr bedeutsame Folgen nach sich gezogen. Jene vermeintlich in §. 10 J. de exc. enthaltene relax. ab obs. jud. oder absolutio ab instantia ist nämlich

1) von jeher als der Ursprung unserer Abweisung angebrachtermaßen betrachtet worden. Dadurch ist diese für unser Civilproceßrecht äußerst wichtige Lehre von vornherein in eine so schiefe Stellung gerathen, daß sie völlig verkümmert und verkrüppelt bleiben mußte. Sie hat durchweg das Schicksal der ihr nahe verwandten Lehre von den Proceßvoraussetzungen getheilt und wird auch erst im Zusammenhange mit dieser, nach der gänzlichen Beseitigung der Proceßeinredentheorie, einer radikalen Revision unterworfen und zu einer folgerichtigen Entwickelung gebracht werden können. Für jetzt mögen folgende kurze Andeutungen genügen. Die Abweisung angebrachtermaßen ist nicht an die relax. ab obs. jud. oder abs. ab inst., sondern an die denegatio actionis anzuknüpfen. Gleich dieser ist sie dasjenige Decret, durch welches das Gericht wegen Mangels einer Proceßvoraussetzung die Unstatthaftigkeit des Processes in der Weise, wie er angestellt ist, ausspricht und die Sachentscheidung ablehnt.[36]) Zu den dilatorischen Einreden steht sie in keinerlei Beziehung. Auf Grund derselben wird nicht der Proceß für unstatthaft erklärt, sondern es ergeht eine wahre und wirksame Sachentscheidung (absolutio ab actione), die nur das Besondere hat, daß

36) Ein sehr wesentlicher Unterschied besteht nur darin, daß unsere Abw. angebrachtermaßen auch noch nach der Litiscontestation nachgeholt werden kann, während etwas derartiges dem röm. Proceßrecht fremd ist. Diese Differenz stammt daher, daß wir abweichend vom röm. R. eine eventuelle Litiscontestation kennen.

Digitized by Google

ihre Wirksamkeit „auf Zeit" beschränkt ist. Zwischen dieser sachlichen Abweisung des Klaganspruchs auf Zeit und der Abweisung der Klage angebrachtermaßen, wie sie auf Grund eines Proceßmangels erfolgt, findet nur die rein äußerliche und zufällige Aehnlichkeit statt, daß in beiden Fällen dem Kläger die Möglichkeit, noch einmal von Neuem zu klagen, offen bleibt. In allen übrigen, inneren Beziehungen sind sie verschieden. Dort entsteht wirkliche res judicata, wenn auch nur auf Zeit. Daraus folgt, daß, selbst wenn die Abweisung eine ungerechte war, der Kläger doch nicht sofort wieder klagen darf, sondern, so lange die Frist noch läuft, durch die exceptio rei judicatae zurückgewiesen wird. Hier dagegen kommt überhaupt keine res judicata zu Stande, der Richter befaßt sich wegen Mangels der Proceßvoraussetzung gar nicht mit dem Proceß. Der Kläger darf daher sofort wieder mit einer neuen Klage de eadem re vorgehen und sogar, wenn der neuen Klage wieder derselbe processualische Mangel wie der früheren anhaftet, würde ihr keine exc. rei judicatae hindernd entgegentreten: der Richter ist an sein früheres Decret nicht gebunden, er kann jetzt, wenn seine rechtliche Beurtheilung inzwischen eine andere geworden ist oder ihm andere thatsächliche Momente, die für die Zulässigkeit des Processes in der angebrachten Art sprechen, vorgelegt werden, den Proceß unbedenklich für statthaft erklären. Aber nicht bloß bezüglich der materiellen Rechtskraft gehen jene beiden, von allen Processualisten mit einander völlig verwechselten und gründlich durch einander gewirrten Institute auseinander. Es leuchtet ein, daß sie auch hinsichtlich der s. g. formellen Rechtskraft, hinsichtlich der Nichtigkeitsbeschwerde u. s. w. einer sehr verschiedenen Beurtheilung unterliegen müssen: Differenzen, deren nähere Ausführung einer besonderen Bearbeitung dieser ganzen verwahrlosten Lehre vorzubehalten ist.

Digitized by Google

2) Die schlimmste Rückwirkung hat die mißverständliche Auslegung von §. 10 J. de exc. auf die Lehre von den echten dilatorischen Exceptionen ausgeübt. Sie hat dazu dienen müssen, um dem Irrthum, exceptio dilatoria sei gleichbedeutend mit exceptio quae judicium s. litis-contestationem differt (proceßverzögerliche Einrede), den Schein einer quellenmäßigen Begründung zu verleihen. Man giebt zwar allgemein zu, diese Auffassung von dilatoria exceptio sei für die Zeit des classischen römischen Rechts unrichtig: damals sei von einem Aufschub des Proceſſes durch die dilatoria exceptio allerdings keine Rede gewesen. Das sei aber von Justinian gerade in §. 10 cit. abgeändert worden: indem er hier an jede dilatoria exceptio die Folge einer relaxatio ab observatione judicii oder absolutio ab instantia geknüpft habe, sei der Begriff der dilatoria exceptio in dieser, für die Proceßeinreden durchaus tauglichen Weise endlich umgestaltet worden. Gerade dieser eigenthümliche Erfolg, die absolutio ab instantia, bilde seitdem das eigentliche Kriterium der dilatorischen Einreden: diese seien Einreden, welche das Zustandekommen des Processes „verzögern",[37]) von der Einlas-

37) Es gehörte wahrlich überhaupt wenig Geschmack und jedenfalls die Gewöhnung an den schleppenden Gang deutscher Processe und mannigfachen Advokatenunfug dazu, um ein Rechtsinstitut, welches die Verhinderung ungehöriger Processe bezweckt, von dem Gesichtspunkt aufzufassen, daß es dazu bestimmt sei, den Proceß in die Länge zu ziehen. Ich frage: sind denn die Proceßregeln, welche durch die „proceßverzögerlichen" Einreden geltend gemacht werden sollen, etwa deßhalb aufgestellt, um dem beklagten Schuldner zu einer Frist zu verhelfen? Erleidet durch irgend eine dieser Einreden der angestellte Proceß in Wahrheit einen Aufschub? Wird er nicht vielmehr durch dieselben im Keime erstickt und völlig beseitigt, so daß dem Kläger durch kein Warten, durch keinen Zeitablauf, durch keine „Veränderung der Umstände" (oder wie Pfeiffer a. a. O. 11

Digitized by Google

sung befreien und eine Abweisung angebrachtermaßen herbeiführen.[38])

Diese in allen unseren Lehrbüchern figurirende Theorie von den dilatorischen Einreden ist, wie aus unsern Nachweisungen hervorgeht, in aller und jeder Beziehung zu verwerfen. Dasjenige, was dort als das einzige wesentliche Kriterium aller dilatorischen Einreden hingestellt wird, kommt in Wahrheit keiner einzigen von ihnen zu.

Die hauptsächlichsten Ergebnisse für die Lehre von den Exceptionen lassen sich hiernach etwa in folgende Uebersicht zusammenfassen:

Alle Exceptionen sind

1) materiellrechtliche, dem Klagrecht gegenübertretende Befugnisse des Beklagten (S. 258—261), welche von ihm

2) vertheidigungsweise geltend zu machen und zu beweisen sind (S. 267),

3) erst in der Sachverhandlung zum Beweise gelangen (S. 268—273) und

4) immer eine Sachentscheidung zur Folge haben (S. 273—284).

S. 127 sich ausdrückt: „Ablauf der betreffenden Umstände") geholfen ist, wenn er sich nicht selber hilft und statt des schlechten früheren einen neuen besseren Proceß anstellt?

38) S. namentlich Pfeiffer a. a. O. 11 S. 126—129, vergleiche Wetzell, System S. 120. 121, Renaud, Lehrb. S. 605. 606, Albrecht, die Exceptionen d. gem. d. Civilpr. §. 39, §. 40, S. 207 ff. Letzterer macht in Folge jener Theorie sogar den Vorschlag, man möge bloß den Proceßeinreden den Namen „dilatorische Einreden" belassen, die sachlich-dilatorischen Einreden dagegen zu den peremtorischen stellen. Damit wäre es glücklich fertig gebracht, daß die echten dilatorischen Einreden durch die pseudodilatorischen Einreden auch noch ihren guten Namen einbüßten!

Digitized by Google

Diese vier Sätze finden auch auf die dilatorischen Exceptionen ausnahmslose Anwendung. Diese haben nur das Besondere, daß sie

1) bloß zeitweilige Hemmnisse des Klagrechts sind (S. 262—266) und

2) bloß eine Abweisung des Klaganspruchs auf Zeit herbeiführen (S. 275—284).

Zweiter Abschnitt.

Das Vorbereitungsverfahren des römischen Civilprocesses.

Theilung des Richteramtes. — Gliederung des römischen Gerichtsverfahrens. — Kritik der herrschenden Ansicht. — Zweck des Verfahrens in jure: Feststellung des Proceßverhältnisses (constitutio judicii). — Nachweis im Einzelnen. — Ueberblick über den Verhandlungsstoff des Verf. in jure. — Die concoptio formulae nur eine der vielen hierzu gehörenden Fragen. — Consequenzen für die Geschichte des röm. Civilprocesses — für die Theorie der Litiscontestation.

Für das Verständniß des römischen Civilproceßsystems ist keine Frage von gleicher Wichtigkeit, wie die, welchen Grund und welche Bedeutung die Gliederung des Verfahrens in die beiden Stadien in jure und in judicio hatte. Noch hat sie keine genügende Beantwortung gefunden. Wohl sind die eigenthümlichen Vortheile jener Einrichtung von verschiedenen Seiten beleuchtet und mit feinstem Verständniß dargestellt worden.[39]) Es ist aber noch nicht gelungen, das Princip, welches derselben zu Grunde liegt, zur klaren und sichern Erkenntniß zu fördern.

---

39) S. besonders Puchta, Inst. 2 §. 150, Bethmann-Hollweg, Handb. des Civilpr. 1, S. 4 ff., Ihering, Geist des röm. Rechts, 2. Aufl. Bd. 2 S. 74. 75, Bd. 3 S. 26. 27.

Digitized by Google

Das Problem besteht nicht darin, daß bei den Römern überhaupt eine Theilung des Richtergeschäfts zwischen Staatsbeamte und Volksrichter stattgefunden hat. Dieß ist keine anomale, dem römischen Gerichtswesen eigenthümliche, erst aus besonderen römisch-politischen Gründen oder irgend welchen kleinlichen Nützlichkeitstendenzen erklärbare Erscheinung. Sie findet sich, wie die Erfahrung aller, insbesondere auch der germanischen Völker lehrt, überall vor, wo das Recht noch unmittelbar im Volke lebt, und es verräth keinen tiefen und keinen weiten historischen Blick, wenn man die Einführung des Geschworeneninstituts im republikanischen Rom aus dem Uebermaß der Geschäftslast, welche dem magistratus durch die eigene Untersuchung und Entscheidung des Rechtsstreits erwachsen wäre, erklären zu müssen und zu können glaubt.[40])

Nicht daß die Römer das Richtergeschäft zwischen magistratus und judices getheilt haben, sondern wie sie es

40) Bei dieser weit verbreiteten Anschauung läßt man sich dazu verleiten, eine der vielen nebensächlichen, rein äußerlichen Folgen, welche die Theilung des Richteramts nach sich zog, für die Ursache dieser in der Tiefe des Volkslebens wurzelnden Institution hinzunehmen. Wer den Grund des röm. Geschworeneninstituts in dem übergroßen Geschäftsdrange, dem die wenigen magistratus nicht hätten genügen können, findet, der müßte es auch billigen, wenn in fernen Zeiten einmal ein Gelehrter auf den Gedanken käme, die Einrichtung der Geschworenengerichte, wie sie in den letzten Jahrzehnten in den deutschen Staaten erfolgt ist, auf den Umstand zurückzuführen, daß die wenigen dermalen vom Staat angestellten Richter nicht mehr im Stande gewesen seien, die Menge der Criminalprocesse selber zu bewältigen und daß man sich daher genöthigt gesehen habe, in Ermangelung anstellungsfähiger oder -bedürftiger Assessoren, Accessisten und Praktikanten seine Zuflucht zu Laien zu nehmen, um die Processe abarbeiten zu lassen. Diese Bemerkungen mögen als Antwort auf die an mich von Krüger, processualische Consumtion S. 13 Anm. 4 gerichtete Frage dienen.

Digitized by Google

getheilt haben, bedarf der Erklärung. Es frägt sich namentlich: welches Princip liegt dem successiven Ineinandergreifen von Beamten und Geschworenen zu Grunde, durch welches sich der römische Proceßgang z. B. von der auf ein beständiges Zusammenwirken von Richter und Schöffen berechneten Einrichtung des germanischen Processes so wesentlich unterscheidet und vermöge dessen der erste Theil der Verhandlung ausschließlich der einen, der zweite ausschließlich der andern Behörde vorbehalten blieb? Wir begegnen bezüglich dieser Frage überall noch sehr unbestimmten, in Nebenpunkten das Hauptgewicht suchenden, vielfach von der Gewöhnung an die modernen Proceßzustände, an die schriftliche Form der Parteiverhandlungen, an die durch den J. R. A. herbeigeführte Concentration des processualischen Verhandlungsstoffs und an das Beweisurtheil beeinflußten Vorstellungen.

Es kann hier füglich von den in mannigfachen Versionen fortwährend wiederkehrenden Redensarten abgesehen werden, als ob das Verfahren in jure dazu gedient habe, die „Rechtsfrage" zu entscheiden, den „für die Sache passenden Rechtssatz" zu bestimmen oder eine „Verarbeitung des Streitmaterials durch den Prätor" herbeizuführen, während das Verfahren in judicio der „Thatfrage", der Ergründung der „realen Wahrheit" u. s. w. gewidmet gewesen sei. Dieß sind mit flüchtiger Feder hingeschriebene Irrthümer, die sich durch einen Blick auf die erste beste römische formula sofort widerlegen.

Aber selbst von denjenigen Schriftstellern, deren gründlichen und geistvollen Forschungen wir die zuverlässigste und reichste Aufklärung über den römischen Civilproceß zu danken haben, erfahren wir über jene Frage im Grunde genommen nicht mehr, als daß das Verfahren in jure zur Feststellung und Formulirung der Streitpunkte behufs der Instruktion des judex bestimmt gewesen sei und daß das

Digitized by Google

Verfahren in judicio die Untersuchung und Entscheidung jener Streitpunkte bezweckt habe. Hiermit ist aber doch nicht viel gedient: wir gewinnen dadurch nur ein sehr unvollkommenes, unklares, ja falsches Bild.

Daß es in jure zu keiner Feststellung des status causae et controversiae kam, zeigt jede legis actio, jede petitoria formula, jedes Condictionsformular, jedes bonae fidei judicium auf das deutlichste. Sie weisen alle nur eine sehr allgemein gehaltene, für die verschiedenartigsten Fälle gleichlautende, stereotype Bezeichnung des eingeklagten Anspruchs auf. Die streitigen Fragen, von deren Prüfung, Erörterung und Beweis die Entscheidung des Processes abhing und welche dem einzelnen Proceß sein individuelles Gepräge verliehen, fanden in jure keine Fixirung; sie kamen erst in judicio zur Sprache. Wäre es bei dem Verfahren in jure auf Feststellung dessen, was zwischen den Parteien streitig war, abgesehen gewesen, so würde es seinen Dienst schlecht versehen haben und sein Nutzen für das darauf folgende Verfahren überhaupt nicht gerade sehr erheblich gewesen sein. Und es steht doch auch fest, daß außer der Formulirung des eingeklagten Anspruchs auch noch vielerlei Anderes in jure zu besorgen war. War das Alles nur ein zufälliges, gelegentlich angeflicktes Beiwerk zur conceptio formulae? Liegt nicht die Vermuthung näher, daß das Verfahren in jure, anstatt eine oberflächliche, skizzenhafte, zu keinem erschöpfenden Abschluß gelangende Vorverhandlung über denselben Verhandlungsstoff, der erst in judicio gründlich erörtert werden sollte, zu bezwecken und von diesem Verfahren bloß quantitativ verschieden zu sein, vielmehr in einen qualitativen Gegensatz zu demselben trat, in der Weise, daß ihm ein besonderer Theil des processualischen Verhandlungsstoffs überwiesen war, der hier seine definitive Erledigung finden mußte und daher in judicio gar nicht mehr zur Sprache kommen durfte?

Digitized by Google

Daß es sich in der That so verhielt, geht aus den in der vorliegenden Schrift gewonnenen Ergebnissen zweifellos hervor.

Die Zweitheilung des römischen Civilgerichtsverfahrens beruht auf einem innerlichen, qualitativen Unterschiede des processualischen Verhandlungsstoffes. Sie gründet sich auf den Gegensatz, in welchen die eine Hälfte desselben, der Thatbestand des Proceßverhältnisses, zu der anderen, dem Thatbestand des materiellen Streitverhältnisses, tritt. Die erstere Hälfte, die Proceßvoraussetzungen, bildete den ausschließlichen Gegenstand des in jure vor sich gehenden Vorbereitungsverfahrens und wurde hier ohne jede Ausnahme vollständig und endgültig absolvirt. Für das Hauptverfahren, in judicio, blieb bloß die Verhandlung und Entscheidung über das materielle Streitverhältniß übrig.

Die Verdunkelung des wahren Sachverhalts rührt lediglich von der Proceßeinredentheorie her. Man hat es sich zwar nie verbergen können, daß das Verfahren in jure vornehmlich dazu gedient habe, die Vorbedingungen für das Zustandekommen des Processes festzustellen. Aber da man doch davon überzeugt war, daß die Verhandlung über streitige Proceßvoraussetzungsthatsachen in vielen Fällen in das judicium verwiesen worden und dort zusammen mit dem materiellen Streitverhältniß vermittelst einer exceptio oder praescriptio zum Austrage gelangt sei, so mußte sich der Gegensatz zwischen den Proceßvoraussetzungen und dem materiellen Streitverhältniß völlig verwischen und es den Anschein gewinnen, als ob nach römischem Recht beide Bestandtheile des processualischen Verhandlungsstoffes als eine einzige unterschiedslose Masse ihren Weg durch die beiden Stadien des Verfahrens genommen hätten: als ob das Verfahren in jure nur eine vorläufige Appretur jenes Ge-

Digitized by Google

sammtstoffes für dessen demnächstige gründliche Verarbeitung bezweckt und nebenher etwa auch noch den Dienst einer Versuchsstation versehen habe, auf welcher einzelne Fragen, wenn es nämlich dem „vielbeschäftigten" magistratus nicht an „Zeit" fehlte, gelegentlich ins Reine gebracht, wenn sich dieß aber nicht gut machen ließ, getrost zurückgestellt werden konnten, um auf einen in behaglicherer Muße lebenden Privatmann abgewälzt zu werden. Und warum hätte dieser neben den vielen materiellen Streitfragen nicht auch bisweilen eine processualische, die der magistratus nicht hatte fertig bringen können, nebenher mit abmachen und z. B. untersuchen sollen, ob sein magistratus überhaupt im Stande gewesen sei, ihn zum judex zu bestellen oder ob der magistratus eigentlich den Proceß so lange, bis ein anderer verwandter Proceß erledigt sein würde, hätte aussetzen müssen? Seit dem jüngsten Reichsabschied haben wir ja die Erfahrung gemacht, daß eine solche Zusammenstopfung von materiell- und proceßrechtlichem Material möglich ist! Weßhalb sollten die alten Römer nicht ebenfalls auf eine solche unpassende Einrichtung verfallen sein und bei dieser Gelegenheit den judex zum Correktor des magistratus gemacht haben?

Diesen Vorstellungen ist durch die Beseitigung der Proceßeinredentheorie endlich ein Ziel gesetzt. Wir wissen jetzt, daß keine einzige Proceßvoraussetzung jemals erst in judicio zur Untersuchung und Entscheidung kommen durfte: daß dieselben vielmehr ausschließlich in das Verfahren in jure gehörten, nur dort verhandelt, erörtert, bewiesen werden konnten und dort zur endgültigen Feststellung gebracht werden mußten.

Was 1) die Proceßpersonen anlangt,[41]) so ist dieser Grundsatz

41) Vergl. das Verzeichniß der Proceßvoraussetzungen oben S. 5.

Digitized by Google

a) bezüglich der Competenz des Gerichts im Kap. 5 gegenüber der gegentheiligen herrschenden Ansicht ausführlich nachgewiesen worden. Daß auch die Fähigkeit und Unverdächtigkeit des judex stets schon in jure zur Prüfung gelangte, steht längst fest. Ebenso verhält es sich

b) in Betreff der Proceßfähigkeit (legitima persona standi in judicio) und der Postulationsfähigkeit der Parteien.

c) Die Legitimation der Proceßvertreter, wurde, wie im Kap. 3 gezeigt worden ist, zwar nach classischem Recht, weil sie damals als Sachlegitimation galt, erst in judicio zur Verhandlung gebracht, im späteren Recht aber, nachdem sich die materiellrechtliche Auffassung dieses Verhältnisses verloren hatte, consequenterweise in das Vorbereitungsverfahren, vor die Litiscontestation, verwiesen.

Was ferner

2) den Proceßgegenstand betrifft, so war durch die feste Formulirung aller des gerichtlichen Schutzes theilhaftigen Privatrechtsansprüche zur Genüge dafür gesorgt, daß die Frage, ob eine zur civilgerichtlichen Verhandlung geeignete Rechtssache vorliege, stets vom magistratus, ehe er zur Einleitung des Processes schritt, geprüft war. Eben so offen liegt es zu Tage, daß

3) anlangend die Handlungen, welche zur Entstehung des Proceßverhältnisses erforderlich waren, die Cognition ausschließlich dem magistratus zustand: es ist allbekannt, daß er für die gehörige Formulirung der Klage und die Bestellung von Cautionen zu sorgen hatte, bevor er es zur Litiscontestation kommen ließ. Endlich ist auch nicht weniger gewiß, daß

4) die Frage, zu welcher Zeit der Proceß vor sich gehen dürfe, in jure erledigt wurde: bezüglich der absoluten Gerichtszeit, der dies fasti und der Festzeiten, sowie der außerordentlichen Vertagungen (dilationes) bedarf dieß

Digitized by Google

keines Beleges; bezüglich der relativen, durch den Vorrang anderer wichtigerer verwandter Processe bedingten Zeitbestimmung ist das Erforderliche im Kap. 6 auseinandergesetzt worden.

Diese Zusammenstellung[42]) zeigt, daß der Inhalt des Verfahrens in jure ganz und gar mit den Proceßvoraussetzungen zusammenfällt: das Vorbereitungsverfahren des römischen Civilprocesses schließt den vollen Thatbestand des Proceßverhältnisses in sich. Von besonderem Interesse ist die Bemerkung, wie genau jene Uebersicht dem in unsern Lehrbüchern figurirenden Kataloge der Proceßeinreden entspricht.[43]) Es giebt keine einzige „exceptio declinatoria judicii," deren Gegenstand sich nicht unter jenen, im römischen Proceß der Cognition des magistratus überwiesenen Fragen wiederfände. Keine einzige dieser Fragen wurde vermittelst einer exceptio oder einer anderen Art von Einrede instruirt: sie kamen formlos, in freier Hin- und Widerrede vor dem Magistratus in jener „contentio, quae ante judicium de constituendo ipso judicio solet esse"[44]) zur Erörterung und, wenn die faktischen Grundlagen streitig waren, dort sofort zum Beweise. Es hing von der absoluten oder dispositiven Natur der gerade in Frage stehenden Proceßregel ab, ob diese Cognition von Amtswegen stattfand, so daß der magistratus, ehe er

42) Die genauere Erörterung jener einzelnen Fragen und die Vorlegung des einschlägigen überaus reichhaltigen Quellenmaterials, welches mir in ziemlicher Vollständigkeit geordnet vorliegt, muß einer andern Gelegenheit vorbehalten bleiben. Es eröffnet sich in dieser Richtung für die Forschung noch ein sehr weites und viele wichtige Ausbeute verheißendes Gebiet.

43) S. das Verzeichniß der Proceßeinreden oben S. 13.

44) Cic. orat. partit. c. 28 §. 99.

Digitized by Google

den Proceß einleitete, aus eigener Initiative dem Kläger die Vorlegung der erforderlichen thatsächlichen Momente zumuthete, oder ob es den Parteien überlassen blieb, gegen das ihren Interessen zuwider laufende ordnungswidrige Verfahren rechtzeitig Einspruch zu erheben.[45]) Je nach-

45) Bezüglich dieser, einer umfassenden selbstständigen Bearbeitung bedürftigen Frage bescheide ich mich für jetzt auf einige Beispiele hinzuweisen. Von Amtswegen wurden z. B. zur Cognition gezogen: die Gerichtsbarkeit des magistratus, die Fähigkeit des judex, die Proceß- und die Plaidirfähigkeit der Parteien, die Zulässigkeit der civilgerichtlichen Verhandlung über den eingeklagten Anspruch, die Beobachtung der gehörigen Klagform (letztere in soweit, daß jede Abweichung die ausdrückliche freiwillige gerichtliche Vereinbarung zwischen beiden Parteien voraussetzte: l. 27 de R. J.), endlich auch die Proceßzeit. Auf Einspruch wurde geprüft: die Verdächtigkeit des judex und die Verpflichtung zur Cautionsleistung. Meistens wurde auch — wegen der Möglichkeit einer prorogatio fori — die Competenz des Gerichts erst auf Antrag des Beklagten zum Gegenstand einer besondern Verhandlung gemacht. Endlich gehörte zwar die genaue Bezeichnung des eingeklagten Objekts (designatio rei) im Allgemeinen zu den vom magistratus von selbst zu bewachenden Erfordernissen der Klagform (s. z. B. l. 6 de rei vind. 6, 1), es war aber doch Sache der dabei interessirten Partei, sich gegen eine zu unbestimmte, einer zu weiten Auffassung Raum gebende Fassung der res in judicium deducenda ausdrücklich zu verwahren: l. 61 pr. de jud. 5, 1 „— id venire in judicium non de quo actum est ut veniret, sed id non venire, de quo nominatim actum est, ne veniret“. In dieser Stelle haben wir die römische exceptio libelli obscuri vor uns. Auf dasselbe kommt auch l. 83 §. 1 de V. O. 45, 1 hinaus. Vergl. l. 13 comm. div. 10, 3, l. 21 §. 6 de rec. 4, 8, Cic pro Tullio c. 12, 32, 35, 38. — Aus dieser ungefähren Uebersicht ergiebt sich deutlich, daß der bei weitem größte Theil der Proceßvoraussetzungen ex officio in Betracht gezogen wurde: daß also selbst die Vermuthung völlig verfehlt wäre, als ob die Proceßvoraussetzungen nach römischem Recht etwa das Material formloser

Digitized by Google

dem sich hiernach die Proceßvoraussetzungen als vorhanden erwiesen oder ein Mangel derselben herausstellte, kam entweder der Proceß zu Stande (actionis datio — constitutio judicii — litis contestatio), oder es erging ein Dekret, durch welches der Proceß so wie er angebracht war für nicht einleitungsfähig und der Beklagte für nicht schuldig, sich auf denselben einzulassen, erklärt wurde (denegare actionem — judicium accipere non cogi).

So gewinnt das Vorbereitungsverfahren des römischen Civilprocesses einen nach allen Seiten bestimmt abgeschlossenen, in seinem vollen Umfange von einem klaren, sehr einfachen und sehr angemessenen Princip beherrschten Inhalt. Nicht auf die Feststellung der Streitpunkte, nicht bloß auf die Formulirung der Klage war es abgesehen. Die letztere ist nur eine der vielen aus jenem einen Princip folgenden Erscheinungen, die allerdings besonders in den Vordergrund tritt, weil die Klagformirung, anders wie die übrigen Proceßvoraussetzungen, nothwendig in jedem Proceß eine Verhandlung veranlaßte und in jedem einzelnen Proceßfalle besondere Veranstaltungen erforderte, endlich weil sie

---

in jure zu verhandelnder Einreden, defensiones, praescriptiones oder wie man sie sonst nennen will, gebildet hätten. In denjenigen Fällen, in denen es auf einen Einspruch des Beklagten ankam, mochte man wohl, nach Analogie des Criminalprocesses, oft von einer praescriptio sprechen, ohne daß aber dieser Ausdruck eine feste technische Bedeutung erhalten hätte: s. Kap. 5 S. 95 ff. Leicht erklärlich ist, daß in Folge der Abschaffung des Formularprocesses und unter dem Einfluß griechischer Rechtsgewohnheiten (s. Kap. 7 Anm. 31) der Sprachgebrauch in der spätesten Zeit des römischen Rechts immer ungenauer wurde. Besonders evident wird dieß in den Basiliken-interpretationen und -scholien, so z. B. ad Bas. lib. 22 tit. 1 n. 19 n. 53, tit. 5 n. 35 §. 2. Auch in dieser Beziehung zeigt sich eine nähere Verwandtschaft der spätgriechischen Rechtswissenschaft mit der modernen occidentalen als mit der alten römischen.

Digitized by Google

es war, welche, als bleibendes Resultat des Vorbereitungsverfahrens in einem Schriftstück verkörpert, der Verhandlung in judicio Maß und Ziel vorzeichnete. Die wahre und volle Tendenz des Vorbereitungsverfahrens war aber damit noch nicht erschöpft. Sie bestand nicht in der Fixirung der actio. Sie beruhte in der constitutio judicii, in der allseitigen sichern Feststellung des Proceßverhältnisses, als desjenigen Organs, durch welches der Anspruch des Klägers von Staatswegen einer endgültigen Prüfung und Läuterung unterworfen werden und, wenn er sich bewährt, zur vollen, festen, über jedes private Meinen und Wollen erhabenen Macht erstarken soll.

Erst von diesem Gesichtspunkte wird es erklärlich, wie es gekommen ist, daß gerade jener Complex von Cognitionsgegenständen in Rom der Staatsbehörde vorbehalten blieb. Es mochte den Männern aus dem Volke überlassen werden, die Begründung des eingeklagten Privatrechtsanspruchs an dem im Volke lebenden Recht zu erproben. Die Ueberleitung des Anspruchs aus dem Zustande einer unsichern Privatexistenz in die Gewähr des Staats gebührte dessen Vertretern.

Erst in Folge jenes der Zweitheilung des römischen Gerichtsverfahrens zu Grunde liegenden Princips wird es ferner begreiflich, wie diese Gliederung auch, nachdem der Formularproceß und das Geschworeneninstitut längst verschwunden war, doch noch in allen Grundzügen fortbestehen bleiben konnte.[46]) Jenes Princip ist von einer universellen Bedeutung. Es liegt so tief im Wesen des Processes begründet, daß jedes Proceßsystem zu demselben hingedrängt wird,

46) Was, wie Bethmann-Hollweg Civilpr. 3 S. 252 Anm. 5 gegenüber Wieding, Libellproceß bemerkt, in der That nie bestritten worden ist. Im Näheren muß ich ebenfalls fast durchweg der Auffassung Bethmann-Hollwegs beitreten.

Digitized by Google

so oft man sich auch aus besonderen Utilitätsgründen oder aus legislativem Unverstand zu einzelnen Modifikationen herbeilassen mag.

Erst aus dem scharfen, auf der tief innerlichen Verschiedenheit des processualischen Verhandlungsstoffs beruhenden Gegensatz zwischen Vorbereitungs- und Hauptverfahren kann man endlich ein volles Verständniß für die Bedeutung desjenigen Proceßmoments gewinnen, welches jene beiden Stadien von einander sondert und mit einander verbindet. Die Litiscontestation verdient es, als der wichtigste Punkt des Processes fest markirt zu werden und als der unumstößliche Grundpfeiler des ganzen gerichtlichen Verfahrens dazustehen. Sie fußte nicht auf einer oberflächlichen, halben, versuchsweisen Besprechung desselben Streitmaterials, welches erst in judicio zur gründlichen Erörterung kommen sollte. Sie beruhte auch nicht auf einer privaten Vereinbarung der Parteien. Sie war das Resultat einer allseitigen, erschöpfenden Verhandlung und Entscheidung über einen Complex von Fragen, die nicht zum zweiten Male zur Sprache kommen durften. Sie war der Moment, in welchem es constatirt wurde, daß durch vereinte Thätigkeit von Gericht und Parteien, unter der Controle und Approbation der Staatsbehörde dasjenige öffentlichrechtliche Verhältniß zur Entstehung und zum unwiderruflichen Abschluß gelangt sei, welches dazu bestimmt ist, das zwischen den Parteien streitige Privatrechtsverhältniß in sich aufzunehmen, und aus welchem es, nach sorgfältigster Zersetzung in seine einzelnen Elemente, je nach dem günstigen oder ungünstigen Ausfall dieser Analyse, entweder in einer bessern, festeren, brauchbareren Gestalt, als früher, oder als das Nichts, was es in Wahrheit ist, hervorgehen soll.

Digitized by Google

Dritter Abschnitt.

Resultate für das System des deutschen Civilproceßrechts.

Die Proceßeinredentheorie ein selbstständiges Erzeugniß der modernen Rechtsentwickelung? — Freie Correktur begrifflicher Constructionen durch die Wissenschaft. — Der moderne Begriff Einrede. — Unanwendbarkeit auf die Proceßeinreden. — Altgermanische Auffassung des Richteramts als einer überwiegend passiven Funktion. — Einwirkung dieser Anschauung auf die Entstehung der Proceßeinredentheorie. — Ihr Verschwinden in der späteren Rechtsentwickelung. — Kanonisch-romanisches — heutiges Recht.

Schon wiederholt ist die Erfahrung gemacht worden, daß Theorieen, zu deren Begründung man lange Zeit nichts Besseres, als falsche Interpretationen von Corpusjurisstellen anzuführen wußte, deßhalb doch noch nicht schlechterdings der Anerkennung und Geltung im heutigen Recht für unwerth zu halten sind. Bisweilen haben jene Citate nur als Vorwand gedient, um einer germanischen Rechtsanschauung einen acceptablen Anhaltspunkt zu verschaffen oder um für einen durch die eigenthümlichen Bedürfnisse der modernen Welt gebotenen Rechtssatz Bahn zu brechen. Hie und da hat es sich wohl auch durch glücklichen Zufall gefügt, daß ein Mißverständniß des römischen Rechts wider den Willen der Interpreten einen brauchbaren Satz zu Tage förderte, der allgemeinen Beifall fand und bald durch Gewohnheit festwurzelte.

Ich zweifle nicht daran, daß mancher Leser, der vielleicht bis hierher meinen Ausführungen seine Zustimmung nicht hat versagen können, doch, durch jene Erfahrung belehrt, bedenklich wird, wenn es gilt, die Consequenzen für das heutige Recht zu ziehen: daß er zu der Annahme hinneigen wird, die Proceßeinredentheorie sei, so sehr sie auch für

Digitized by Google

das römische Recht verworfen zu werden verdiene, doch als ein selbstständiges, durch die Theorie, Praxis und Gesetzgebung seit Jahrhunderten einstimmig gebilligtes Erzeugniß der modernen Rechtsbildung ungeachtet ihrer irrthümlichen Anknüpfung an das römische Recht zu respectiren und beizubehalten.

Bei dieser durchaus unbegründeten Auffassung würden meine Untersuchungen ihren unmittelbaren Werth für das praktische Recht einbüßen. Sagt man sich dagegen von ihr los, so gewinnen sie für unser Recht ohne Weiteres dasselbe Gewicht, wie für das römische. Um so mehr ist es geboten, jene Annahme auf das sorgfältigste zu widerlegen.

Vor allen Dingen ist zu erwägen, daß es sich bei der Proceßeinredentheorie in erster Linie gar nicht um die Aufstellung einer *Rechtsvorschrift*, wie sie durch Gesetzgebung und Gewohnheit mit absolut verbindlicher Wirkung erfolgen kann, sondern um eine *falsche begriffliche Formulirung* handelt, über welche jene rechtserzeugenden Factoren keine Macht haben. Dadurch, daß sich alle Gelehrten, alle Gesetzgeber, alle Päpste und alle Praktiker so lange Zeit die Proceßvoraussetzungen nur in der Form der Proceßeinreden haben vorstellen können, wird dieser wissenschaftliche Irrthum noch nicht zur Wahrheit. Wollten wir deßhalb, weil das kanonische Recht, die Reichskammergerichtsordnungen, der Jüngste Reichsabschied und sämmtliche Particulargesetzgebungen von proceßverzögerlichen Einreden sprechen, uns an diesen Mißbegriff für immer gebunden halten, so hätten wir z. B. auch nicht an dem Begriff von peremtorischen Einreden, der in eben jenen Rechtsquellen ständig vorkommt, rütteln dürfen: wir könnten nicht über die unklaren und falschen Begriffe von Litiscontestation, von processualischer Nichtigkeit, von titulus und modus acquirendi, von Besitz u. s. w. hinauskommen:

Digitized by Google

kurz jeder wissenschaftliche Fortschritt wäre uns abgeschnitten. Und man berufe sich nicht etwa darauf, daß den Rechtsanschauungen, wie sie von der Jurisprudenz des Mittelalters gehegt worden sind, für unser Civilproceßrecht eine tiefere und nachhaltigere Bedeutung zukommt, als für unser Privatrecht. Dieß ist nur insoweit richtig, als die Bildung positiver Rechtsregeln in Frage steht. Insoweit es die Erkenntniß der wahren Natur eines Rechtsinstituts, insoweit es das bessere Verständniß und die vollkommenere Ausprägung von Begriffen gilt, ist die wissenschaftliche Forschung hier nicht minder frei und jedem gesetzlichen Zwange entrückt, wie dort. Und haben wir es nicht überdieß bei unserer Frage zunächst mit einer Verunstaltung des materiellen Rechts, mit einem krankhaften Auswuchs der rein privatrechtlichen Exceptionsrechte zu thun?

Der Fortbestand der Proceßeinreden könnte nur gerechtfertigt erscheinen, wenn die einzelnen Rechtsregeln, welche sich im Anschluß an jene eigenthümliche Auffassung der Proceßvoraussetzungen ausgebildet haben, so geartet wären, daß sie sich mit dem Exceptionsstandpunkt vertrügen. Es müßte an der Proceßeinredentheorie festgehalten werden, wenn die Proceßvoraussetzungen im modernen Recht eine andere Natur, als sie im römischen Recht hatten, angenommen und in der That eine solche Umgestaltung erfahren hätten, daß die von den Exceptionen oder doch wenigstens von den modernen Einreden geltenden Grundsätze Anwendung auf dieselben finden müßten. Es fragt sich nur, worin man diese Umwandlung finden und auf welche Quelle man sie zurückführen will: auf das germanische, auf das romanische, auf das moderne deutsche Recht, oder hat vielleicht die Wissenschaft durch die Schöpfung der Proceßeinreden ein Rechtsgebilde zu Stande gebracht, welches so tauglich und den Bedürfnissen unseres gerichtlichen Ver-

Digitized by Google

fahrens so entsprechend wäre, daß es schon aus sich selbst heraus darauf Anspruch hätte, sorgsam bewahrt zu werden?

Keiner von diesen Gesichtspunkten trifft zu.

Der Begriff der Proceßeinreden ist auch für das heutige Recht nichts anderes, als ein hohles, jedes Grundes und Haltes in der Entwickelung des modernen Proceßrechts entbehrendes, nur aus Irrthümern hervorgegangenes und nur zu den größten Irrungen und Verwirrungen verführendes Schema.

Nicht einmal das, was vor allem Anderen zum Wesen der Einreden gehört, duldet auf die Proceßeinreden Anwendung.

Man mag den modernen Begriff von Einrede noch so weit über den der römischen Exceptio hinausführen und, so wenig unsere Processualisten sonst Freunde der Philosophie zu sein scheinen, hier einmal „an die Stelle des römischen rein formalen Begriffs den philosophischen treten lassen“ [47]), so wird doch immer eine Grenze inne zu halten sein, wenn man nicht in Gefahr gerathen will, sich auf jenem transcendentalen Wege in eine lächerliche Leerheit zu versteigen. Man wird nicht sagen dürfen, Einrede sei Alles, was der Beklagte gegenüber der Klage vorbringen könne, sondern Alles, was er gegen dieselbe vorbringen und, wenn es streitig ist, beweisen müsse, wenn er wünscht und sicher darüber sein will, daß es von Seiten des Gerichts Beachtung finde. In dieser Weise hat der Begriff Einrede einen guten Sinn und die beste Berechtigung. Dieser Begriff von Einrede ist nicht eine Depravation des römischen Exceptionsbegriffs, sondern ein neuer, nur in einzelnen Grundpunkten mit ihm zusammentreffender, ihn in sich aufnehmender weiterer Begriff, der mit aller Treue

47) Osterloh, Lehrb. des gem. Civilpr. 2 S. 55.

Digitized by Google

festgehalten und allem Eifer gepflegt zu werden verdient, da er in seinem Gegensatz zu den Klagthatsachen nur der Ausdruck und das sehr nützliche wissenschaftliche Organ für die genaue Zergliederung des dem Gericht vorzulegenden Thatbestandes in seine positiven und negativen Bestandtheile ist, welche, wie ich im entschiedensten Widerspruch zu den neuerdings von Bar über Recht und Beweis im Civilprocesse geäußerten Grundanschauungen meine, als eine der größten Errungenschaften der modernen Rechtswissenschaft und als einer der wichtigsten Fortschritte zu rühmen ist, die wir in der Verfeinerung und Festigung der Rechtsbetrachtung über das Maß hinaus, welches den römischen Juristen zu erreichen beschieden war, gemacht haben. Aber nichtsdestoweniger steht fest, daß das Charakteristische dieses modernen weiten Begriffs Einrede um nichts besser als der engere römische Begriff exceptio auf die Proceßeinreden paßt. Der moderne Einredenbegriff versagt ebenfalls den Dienst, wenn man ihn auf diejenigen Fragen, welche den Gegenstand der Proceßeinreden ausmachen, in Anwendung zu bringen versucht.

Das Gericht nimmt bezüglich dieser Fragen, der Proceßvoraussetzungen, nicht mehr die passive Stellung ein, welche ihm einst im alten deutschen Gerichtsverfahren betreffs derselben zugetheilt gewesen zu sein scheint. Damals neigte man allerdings unverkennbar dahin, dem Gericht bei dem Kampfe der Parteien bloß die Rolle eines Zuschauers oder höchstens eines Kampfwarts einzuräumen und es den Parteien zu überlassen, Verstöße, die sich der Gegner wider die Proceßordnung zu Schulden kommen ließ, durch gebührlichen Einspruch zu rügen und dadurch das Gericht zum Einschreiten zu veranlassen.[48]) Auch ist mir nicht zweifel-

48) Hierüber gewähren namentlich die überaus interessanten, zu einem sehr anschaulichen, klaren Bilde zusammengefaßten Mittheilungen von

Digitized by Google

haft, daß eben durch diese althergebrachte Anschauung der Boden vorbereitet war, auf dem allein es möglich wurde, daß der Exceptionsbegriff eine so übermäßige, den ganzen processualischen Verhandlungsstoff überwuchernde Ausdehnung gewann und insbesondere auch die Proceßeinredentheorie Wurzel faßte. Aber es unterliegt doch auch nicht dem mindesten Zweifel, daß jene Auffassung des Richteramts in der weiteren Entwickelung des Proceßrechts, wie sie sich auf Grund der fremden Rechte vollzog, nicht auf die Dauer Stand gehalten hat und heutzutage ganz und gar verschwunden ist. Wie fremd sie dem kanonisch-romanischen Recht ist, bedarf für Jeden, der dasselbe auch nur einigermaßen kennt, kaum der Bemerkung. Wohl begegnet uns dort eine sehr merkwürdige Reminiscenz an jene nationale Grundanschauung von der Passivität des Richteramts, nämlich der Mangel einer freien, dem einzelnen Falle sich anschmiegenden Proceßleitung, wie er von Briegleb so meisterhaft geschildert und kritisirt worden ist. Daß aber keineswegs das ganze Proceßrecht und namentlich nicht die Wahrung der Proceßvoraussetzungen der Disposition der Parteien völlig preisgegeben wurde, dafür liefern die unzähligen Nullitäten, welche im canonischen Proceß auf Schritt und Tritt drohten, einen hinlänglichen Beweis. Die deutsche Gesetzgebung, Wissenschaft und Praxis hat sich hierin dem fremden Muster durchaus angeschlossen.

Siegel, die Erholung und Wandelung im gerichtl. Verf. 1863, die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgang 1866, manchen Aufschluß

Digitized by Google

II. Absolute Natur der meisten Proceßvoraussetzungen. — Prüfung von Amtswegen. — Aehnlichkeit in der Behandlung des Proceßverhältnisses und des materiellen Streitverhältnisses. — Conventionalproceß? — Beweislast bezüglich der Proceßvoraussetzungen. — Verläugnung aller von den Einreden geltenden Grundsätze. — Gleiche Behandlung der Proceßvoraussetzungen, wie im römischen Recht. — Die praeparatoria judicii. — Aenderungen durch die deutsche Reichsgesetzgebung. — Das Eventualprincip. — Rückwirkung auf die Proceßeinredentheorie.

Weder nach dem canonisch-romanischen, noch nach dem deutschen Reichsrecht, noch nach irgend einem deutschen Partikularrecht bedarf es der Initiative, der Interpellation des Beklagten, damit der Mangel von Proceßvoraussetzungen in Betracht kommen könne. Die Gültigkeit des Proceßverhältnisses ist keine Frage, welche in ihrem ganzen Umfange der Disposition der Parteien überlassen werden darf. Denn es handelt sich bei dem Abschluß dieses Rechtsverhältnisses nicht um eine private, lediglich durch individuelle Interessen beeinflußte Vereinbarung beider Parteien, sondern um einen unter activer Betheiligung des Gerichts, unter der Autorität des Staates vor sich gehenden öffentlichrechtlichen Akt, dessen Erfordernisse zum bei weitem größten Theile absoluter, zwingender Natur sind. Eine unsubstantiirte Klage darf nicht eingeleitet werden, der vor einer nichtrichterlichen Behörde, vor einem incompetenten, nicht prorogirten Gericht, der von einer handlungsunfähigen Partei, der mit einem nicht legitimirten Stellvertreter, der über einen nicht privatrechtlichen Anspruch geführte Civilproceß ist unter allen Umständen unzulässig, nichtig und hinfällig, mag der Beklagte ihn gelten lassen wollen oder nicht. Das Gericht hat nicht abzuwarten, ob der Beklagte jene Mängel rügt. Es hat dieselben zu beachten, gleichviel von welcher Seite her sie ihm bekannt werden. Nicht als ob es deßhalb zu einem polizeilichen Spürsystem verpflich-

Digitized by Google

tet werde. Es hat sich an dasjenige zu halten, was ihm die Parteien vortragen, es hat aber an dieses ihm vorliegende Material aus eigenem Antriebe den Maßstab des Proceßrechts anzulegen und zu prüfen, ob der Kläger den zur Erzeugung des Proceßrechtsverhältnisses nöthigen Erfordernissen nachgekommen ist. Nur wenn dieß der Fall ist, darf der Richter dem Proceß die Approbation ertheilen und demselben seinen Lauf lassen. Das Gericht nimmt also gegenüber dem Proceßverhältniß eine Stellung ein, welche von der Art und Weise, wie es sich gegenüber dem materiellen Streitverhältniß zu benehmen hat, nicht eben so sehr verschieden ist. Der Richter versagt jenem wie diesem die Anerkennung, falls der Kläger nicht die hinlänglichen Anhaltspunkte liefert, um es in seinen charakteristischen Grundzügen als begründet betrachten zu können. Hier wie dort bleibt es dem Beklagten bloß überlassen, ausnahmsweise Mängel, welche tiefer unter der Oberfläche verborgen sind, durch rechtzeitigen Einspruch ans Licht zu bringen. Nur darin zeigt sich ein sehr wesentlicher Unterschied, daß die Entstehung des Proceßrechtsverhältnisses nicht wie die der Privatrechtsverhältnisse außerhalb des Gerichts, sondern vor demselben und unter wesentlicher Mitwirkung desselben erfolgt: daß also das Proceßverhältniß sich gleichsam in der Entstehung selbst überwacht, ein Umstand, der nur um so mehr dahin führen muß, hier nicht Alles dem Belieben des Beklagten anheim zu geben.[49])

49) Uebrigens giebt es ja auch eine Klasse von Privatrechtsverhältnissen, bei denen auch dieser Unterschied sich zu verflüchtigen anfängt: diejenigen, welche durch einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit begründet werden müssen. Hier wird die Entstehung des Privatrechtsverhältnisses von vornherein unter die Obhut und Aufsicht des Gerichts gestellt. Am entschiedensten kam diese Aehnlichkeit im alten römischen Recht zum Vorschein. Das Wesen der in jure cessio

Digitized by Google

Nach alledem kann davon, daß der Complex der Proceßvoraussetzungen, wie es seither stets geschehen ist, unter den Gesichtspunkt der Einreden gestellt werden dürfe, nicht mehr die Rede sein. Der ganze Thatbestand des Proceßverhältnisses findet ebenso wenig, ja noch viel weniger, wie der des materiellen Streitverhältnisses im Einredebegriff Platz. Will man noch an der Proceßeinredentheorie festhalten, so bleibt nur die Wahl, entweder den Begriff Einrede, statt ihn auf dasjenige, was der Beklagte vor Gericht sagen und beweisen muß, zu beschränken, auf Alles, was der Beklagte vor Gericht zufällig sagt, auszudehnen — oder zu behaupten, daß es keine absolute Geltung von Proceßvorschriften, keine Nichtigkeit des Processes wegen Verletzung des Proceßrechts gebe. Kurz, entweder ein lächerlicher Begriff von Einrede oder ein reiner Conventionalproceß[50]: das ist der Preis, um welchen man den Fortbestand der Proceßeinreden allein erkaufen kann. Bei dem großen Abscheu, den man stets vor dem Conventionalproceß an den Tag gelegt hat[51],

und ihrer Abarten läßt sich kurz dahin zusammenfassen: die Römer haben für einen großen Theil ihrer Privatrechtsverhältnisse den für das Proceßrechtsverhältniß bestehenden Begründungsmodus zu leihen gewußt.

50) Vergl. über die Grenzen der den Parteien zustehenden Dispositionsbefugniß die mir erst während des Druckes zugegangene Schrift von Heidenfeld, die Dispositionsbefugniß der Parteien im Civilproceß, Berlin 1868, eine werthvolle Abhandlung, welche nach meiner Ansicht das Urtheil, welches ihr neulich im literarischen Centralblatt widerfahren ist, keineswegs verdient.

51) Martin, Lehrb. u. Vorles. §. 11, Linde §. 12, Bayer §. 11, Renaud §. 7, Endemann §. 1 a. E. — Linde §. 12 stellt zwar sogar die Eintheilung in „geregelten und ungeregelten Proceß“ auf, erkennt ihr aber doch nur „insoferne wissenschaftlichen Werth“ zu, „als man daran die Behauptung knüpfen kann, daß es in einem wohlgeordneten Staate keinen ungeregelten und tumultuarischen Proceß geben darf“.

Digitized by Google

ist bisher unsern Processualisten nichts anderes übrig geblieben, als den ersteren Preis zu zahlen. In der That wird in allen Lehrbüchern des Civilproceßrechts der Begriff der Einreden im Interesse der Proceßeinreden auf jenes Nichts reducirt.[52])

Im engsten Zusammenhange mit dem so eben erörterten Hauptpunkt steht die Beweislastfrage. Die Beweisverbindlichkeit ist ja ein Ausfluß der Allegationsverbindlichkeit: wer behaupten muß, der muß auch beweisen. Da die Einreden Behauptungen von Umständen sind, die der Beklagte, damit sie zur gerichtlichen Cognition gelangen,

---

52) Martin, Lehrb. §. 96 S. 193, sagt: „Der Beklagte muß alle wahren Einreden gehörig vorschützen, ausgenommen, welche den Rechtsbestand des Processes betreffen"; vergl. Vorles. 1 S. 494. Genau übereinstimmend sprechen sich aus Linde §. 160, §. 202, §. 203 (in diesem Lehrbuch, 7. Aufl. 1850, §. 158 findet sich noch folgende Definition von Einrede: „Einrede ist aber nach deutschem Proceßrecht jedes zur Vertheidigung dienende Verhältniß, das nicht als Theil der Litiscontestation erscheint"), Brackenhöft, Erörter. S. 371, Sintenis, Erläuter. S. 380 ff. — Bayer §. 178, §. 198 lehrt, daß die Außerachtlassung einer nicht vorgeschützten dilatorischen Einrede eine unheilbare Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge haben könne. Osterloh, (1856) 2 S. 65 führt aus: „Indeß sind processualische Einreden, auch wenn deren Geltendmachung unterblieb, dann von Amtswegen zu beachten, wenn für den Fall der Nichtbeachtung Nichtigkeit droht oder es der Klage in rechtlicher oder logischer Beziehung an der erforderlichen Begründung fehlt. Bisweilen genügt bei solchen processualischen Einreden bloße Nennung." Wetzell §. 14 a. E. §. 45 spricht von dilatorischen Einreden, die vom Richter ex officio zu suppliren seien. Aehnlich Renaud §. 93 und Endemann in dem, während des Drucks meiner Schrift zum Abschluß gekommenen Lehrb. des Civilpr. §. 169, §. 170. Vergl. oben S. 163 Anm. 58. Das Bunteste in dieser Beziehung findet sich bei Fischer, Handbuch der dilatorischen Einwendungen, insbesondere in §. 109 ff.

Digitized by Google

vorbringen muß, so ergiebt es sich von selbst, daß er, falls sie streitig sind, auch den Beweis für dieselben zu erbringen verpflichtet ist. Da nun „nicht das Behaupten, sondern das Beweisen eine Last ist",[53]) wird es erklärlich, daß gerade diese Consequenz des Einredebegriffs in der praktischen Anwendung besonders schwer ins Gewicht fällt und namentlich auch für die Proceßvoraussetzungen von der höchsten Bedeutung sein müßte, wenn es richtig wäre, daß sie sämmtlich unter den Einredebegriff fielen. Es würde daraus folgen, daß niemals vom Kläger der Beweis einer Proceßvoraussetzung verlangt werden dürfte: der Kläger, welcher den Beklagten am forum domicilii belangte, brauchte, falls der Beklagte es bestreitet, nicht zu beweisen, daß derselbe im Gerichtssprengel wohne, es wäre vielmehr stets Sache des Beklagten, die Negative zu beweisen: wer am forum contractus verklagt würde, hätte nicht abzuwarten, ob seine Pflicht, die Leistung am Proceßort zu beschaffen, vom Kläger erwiesen wird, sondern der Beklagte müßte darthun, daß er hier nicht zu erfüllen habe: es dürfte auch nach heutigem Recht, gerade so wie nach classischem römischem Recht, nie vom Anwalt des Klägers die Vorlegung seiner Vollmacht verlangt werden, sondern es müßte von dem Beklagten, obgleich er jetzt nicht wie damals gegen unbefugte Vertreter durch eine Caution gesichert ist, der Beweis erbracht werden, daß der Anwalt des Gegners keine Vollmacht habe u. s. w.

Es ist selbstverständlich, daß man sich zu diesen Consequenzen nicht herbeigelassen und durch das inane nomen exceptionis auch in dieser Beziehung nicht daran hat hindern lassen, den Anforderungen der gesunden Vernunft Rechnung zu tragen. Und man hatte ja sehr gute Gründe dafür! Wenn die Proceßeinwendungen gar nicht einge-

53) Unger, österr. Privatr. 2 S. 564 Anm 26a.

Digitized by Google

wendet zu werden brauchen: wenn diese wunderlichen Selbsteinwendungen, auch trotzdem, daß sie im Proceß gar nicht zur Sprache gekommen sind, Nichtigkeit des Processes zur Folge haben, so ist es allerdings unmöglich, ihre Berücksichtigung davon abhängig zu machen, daß der Beklagte deren thatsächliche Grundlage beweist. Sind doch diese Einreden überdieß zum guten Theil Einreden, die gar keinen Thatbestand haben! Denn es genügt ja bei ihnen bisweilen die bloße „Nennung". Wenn wir also hier Einreden vor uns haben, welche bloß Stichworte, die den Richter an die Fortführung seiner Rolle erinnern sollen, sind: wenn für dieselben die „ganz kurze" Allegation beim „herkömmlichen Namen" genügt, was sollte der Beklagte beweisen? Den „herkömmlichen Namen"?

So wird in Folge der Proceßeinredentheorie mit dem Begriff Einrede in jeder Beziehung das offenbarste Spiel getrieben. Man benutzt ihn als gelehrtes Aushängeschild, gut genug, um durch die mysteriösen barbarisch-lateinischen Ausdrücke, wie exceptio praeventionis, libelli obscuri, connexitatis, praeposteritatis ꝛc. die dahinter steckende Leere zu verdecken und etwa dem Gedächtniß der Examencandidaten einen sichern Anhaltspunkt oder vielleicht auch nur eine desto schwerere Pein zu verschaffen. Im Uebrigen läßt man sich dadurch nicht stören. Man behandelt, unbewußt durch die praktischen Bedürfnisse dazu gedrängt, die Proceßeinreden, wenn es ihre Anwendung gilt, so als ob sie eben keine Einreden wären, — gerade so, wie die Römer ihre Proceßvoraussetzungen behandelt haben.

Mit besonderer Deutlichkeit zeigt sich dieß auch noch bezüglich der beiden im ersten Abschnitt ausführlicher behandelten Punkte, anlangend das Proceßstadium und den Erfolg der Proceßeinreden.

In letzterer Beziehung haben wir gesehen, wie man sich um jeden Preis durch die willkürlichste Auslegung einer

Digitized by Google

Institutionenstelle einen Vorwand zu verschaffen gewußt hat, um den „proceßverzögerlichen Einreden" anstatt der allen anderen Exceptionen zukommenden Sachwirkung eine Urtheilsform zu sichern, wie sie für die Proceßvoraussetzungen geboten ist und unter anderem Namen von jeher im römischen Recht für dieselben bestanden hatte.

Noch entschiedener tritt die Aehnlichkeit der Behandlung, welche das römische Recht den Proceßvoraussetzungen und die moderne Jurisprudenz den Proceßeinreden hat angedeihen lassen, in der ersten Beziehung hervor. Auch hier hat man keine Mühe gescheut, um die unbequemen Quellenzeugnisse, welche alle Einreden in die Sachverhandlung verweisen, bei Seite zu schaffen und den Proceßeinreden einen von der Sachverhandlung gesonderten Platz zu reserviren: denselben, welchen die Römer den Proceßvoraussetzungen angewiesen hatten, vor der Litiscontestation, im Vorbereitungsverfahren, unter den „praeparatoria judicii."[54]) Erhielten sie doch gerade von dieser hervorstechenden Eigenthümlichkeit ihren Namen: exceptiones declinatoriae s. dilatoriae judicii. Dieß Alles wurde so, wie es sich im romanischen Proceßrecht gestaltet hatte, anfänglich auch in das deutsche Reichsproceßrecht herübergenommen, bis man endlich, um sich aus der Noth des vorwiegend durch die Schuld eben jener „verzögerlichen" Einreden endlos verzögerten Proceßganges zu retten, zu dem Mittel griff, einen Theil der Proceßeinreden hinter die

54) Wie genau der Inhalt dieses romanischen Vorbereitungsstadiums dem römischen Verfahren in jure entspricht und wie jene exceptiones declinatoriae judicii nur durch den Exceptionsnamen verunstaltete Proceßvoraussetzungen sind, ist eine Beobachtung, die sich uns bei der Lektüre der systematischen Werke der romanischen Processualisten, besonders des Tancredus, Pillius, Damasus, Durantis, Panormitanus, mit wahrhaft erstaunlicher Evidenz aufdrängt.

Digitized by Google

Litiscontestation, in die Sachverhandlung zu verweisen. Freilich ein sehr äußerliches Heilmittel und von sehr zweifelhaftem Werthe! Das diffuse Verfahren wurde durch den festen Verband des Eventualprincips nur krampfhaft zusammengeschnürt: das Uebel wurde nicht behoben, sondern bloß in das Innere zurückgedrängt, um neue desto gefährlichere Leiden heraufzubeschwören!

Für unsere Lehre hat jene Aenderung noch eine ganz besonders nachtheilige Folge gehabt. Sie hat der Proceßeinredentheorie den nachhaltigsten Vorschub geleistet. Denn wenn auch durch die äußerliche Zusammenschiebung des Vorbereitungs- und Hauptverfahrens das Wesen der Proceßvoraussetzungen nicht im Mindesten alterirt und namentlich nicht irgend wie den Einreden angenähert wurde, so verlor sich doch damit für die wissenschaftliche Betrachtung die plastische Anschaulichkeit, mit der sich bis dahin noch immer die Proceßvoraussetzungen vermöge des ihnen vorbehaltenen besonderen Proceßstadiums von dem Sachverhandlungsstoff abgehoben hatten. Dieser äußerlichen Vereinigung des gesammten Verhandlungsstoffes, wie sie durch den J. R. A. fixirt worden ist, mag es nicht zum geringsten Theile zuzurechnen sein, daß die wahre Bedeutung der Proceßvoraussetzungen noch so lange verborgen und statt ihrer die Proceßeinredentheorie bestehen geblieben ist!

III. Gefährlichkeit der Proceßeinredentheorie für die Rechtsanwendung. — Verwirrung der Beweislastfrage. — Substitution des Begriffs Proceßvoraussetzung an Stelle des Begriffs Proceßeinrede. — Gesammtbetrachtung des Proceßverhältnisses. — Weitere Aufgabe der Wissenschaft. — Vorschläge zur Redaktion einer Civilproceßordnung für den norddeutschen Bund.

Nunmehr ist es aber dringend geboten, daß mit jener ganzen das Civilproceßsystem von Grund aus entstellenden Irrlehre offen und ohne jeden Rückhalt gebrochen wird.

Digitized by Google

Selbst wenn man den argen Schaden, den sie mittelbar durch die Verdunkelung der wichtigsten Grundbegriffe, des Proceßrechtsverhältnisses und der Proceßvoraussetzungen, mit allen den vielen weiteren Consequenzen für die Lehre von der Litiscontestation, dem Urtheil, der Nichtigkeit angerichtet hat, nicht hoch anschlagen wollte, so würden doch schon allein die zunächst liegenden handgreiflichen verwirrenden Folgen, welche aus ihr für die Rechtsprechung erwachsen, einen genügenden Grund abgeben, um unser Postulat als ein sehr dringliches erscheinen zu lassen. Der Gedanke, daß eine Exceptio wirklich als Exceptio, eine Einrede wirklich als Einrede zu behandeln sei, mag in früherer Zeit, als über diese Begriffe noch die größte Unklarheit herrschte und von einer strengen Durchführung der von ihnen geltenden Grundsätze überhaupt noch nicht die Rede war, auch in Anwendung auf die Proceßeinreden weit weniger verfängliche Folgen gehabt haben, als er jetzt nach sich ziehen muß, nachdem man über jene Institute ins Klare gekommen ist.

Die empfindlichste Consequenz dieser Art ist die Verwirrung der Beweislastfrage. Diese Frage, die bezüglich des materiellen Streitverhältnisses schon längst den eingehendsten Untersuchungen unterworfen worden ist und die feinsten Unterscheidungen hervorgerufen hat, ist in Folge der Proceßeinredentheorie bezüglich des Proceßverhältnisses noch kaum in Anregung gebracht worden.

Die Praxis ist bei der Lösung der hier einschlagenden Aufgaben sich lediglich selbst überlassen geblieben. Sie hat, von einem unsichern Gefühle für das Schickliche und Zweckmäßigste geleitet, im einzelnen Falle, so gut und schlecht es ohne jede Klarheit über die zu Grunde liegenden Principien anging, schlüssig werden müssen, und sie würde auf diesem dunkeln Wege gewiß noch öfter das richtige Ziel erreicht haben, wenn nicht die Wissenschaft,

Digitized by Google

statt sie zu leiten, sie noch beständig durch das Irrlicht der Proceßeinreden vom Wege abzubringen gesucht hätte. Wenn man alle Proceßvoraussetzungen vom Exceptionsstandpunkte aus betrachtet und sich die absolute Regel „reus in exceptione probare debet“ vergegenwärtigt, was bleibt anderes übrig, als sich in irgend zweifelhaften Fällen dafür zu entscheiden, daß den Beklagten die Beweislast treffe? Wer festes Vertrauen in die Wissenschaft setzt, müßte sich sogar immer hierfür entscheiden![55])

Erst wenn man sich von der Proceßeinredentheorie losgesagt hat, wird es möglich, alle diese Fragen richtig zu beurtheilen und einzusehen, daß der Thatbestand des Proceßverhältnisses ähnlich wie der des materiellen Streitverhältnisses in einen positiven und einen negativen Bestandtheil zerfällt: daß auch die Proceßvoraussetzungsthatsachen zum Theil auf Rechnung des Klägers, zum Theil auf Rechnung des Beklagten stehen: daß sie gleichsam zur einen Hälfte nach der Licht-, zur anderen nach der Schattenseite hin liegen. Wie es sich mit dieser Vertheilung im Einzelnen verhält, kann freilich so wenig wie die materielle Beweislastfrage durch eine einzige mechanisch anwendbare Formel entschieden werden. Diese Frage ist für jede einzelne Proceßvoraussetzung besonders zu beantworten, und eine ausreichende Antwort wird nur durch die sorgfältigsten Specialuntersuchungen der Lehren

55) Beispiele von unrichtigen Beurtheilungen der Proceßvoraussetzungen in der Praxis s. bei Seuffert, Archiv 1 Nr. 281, 2 Nr. 328, 3 Nr. 107, 4 Nr. 153, 5 Nr. 227, 7 Nr. 46, Nr. 106, Nr. 278, 8 Nr. 53, Nr. 301, 11 Nr. 202, Nr. 302, 16 Nr. 78, Römer Entscheid. des Oberapp. Lübeck in Frankf. Rechtsf. 1 S. 52, 291, 293, Zeitschrift f. Rechtspfl. im Königr. Sachsen N. F. 25 Präjudiz 40; vergl. oben S. 196 Anm. 89 und S. 232 Anm. 128. — Richtiger z. B.: Seuffert, Archiv 1 Nr. 304, 3 Nr. 209 12 Nr. 310, 13 Nr. 57, 14 Nr. 84.

Digitized by Google

von der Competenz, der Fähigkeit des Gerichts, der Proceßlegitimation, der Erfordernisse eines Civilproceßgegenstandes u. s. w. gewonnen werden können. Die erste und unerläßliche Vorbedingung hiezu ist aber, daß man diese Lehren vom Standpunkt des Proceßverhältnisses und der Proceßvoraussetzungen aus betrachtet und die Proceßeinreden aus dem Civilproceßsystem völlig ausmerzt. Daß es dieses im wunderlichsten Mönchslatein prangenden Ausputzes verlustig geht, wird wohl Niemand ernstlich bedauern.

Die weitere Verfolgung des durch die Beseitigung der Proceßeinredentheorie gebahnten Weges ist Sache der Wissenschaft. Der Gesetzgebung liegt aber die Pflicht ob, der Forschung nicht länger die früheren Hindernisse entgegenzuhalten und denselben durch ihre Autorität nicht neue Widerstandskraft zu verleihen.

Daher richte ich zum Schluß an die mit dem Entwurf einer Civilproceßordnung für den norddeutschen Bund betraute Commission die dringendste Bitte, die vorliegenden Untersuchungen einer Prüfung zu unterziehen und, wenn sich die Ergebnisse bewähren sollten, ihnen, so weit es noch irgend thunlich ist, bei der Redaction Rechnung zu tragen. Wie alle neueren Particulargesetzgebungen, so fußen auch die vorläufigen Entwürfe zu dem neuen gemeinsamen Gesetzgebungswerk noch vollständig auf dem Standpunkte der Proceßeinredentheorie. Möge man zum mindesten durch die Wortfassung der wichtigsten Stellen die Fortdauer hergebrachter Mißverständnisse zu verhüten suchen! Die Aenderungen, welche, hierdurch erfordert werden, machen keine bedeutende Schwierigkeit. Es wird schon viel gewonnen sein, wenn im §. 243—246 des Entwurfs einer allgem. Civilproceßordnung für die deutschen Bundesstaaten und in §. 333—335 des Entwurfs einer Proceßordnung in bürg. Rechtsstreitigkeiten für den Preuß. Staat anstatt von

Digitized by Google

„proceßhindernden Einreden" von „Proceßvoraussetzungen" (oder mit welchem andern beſſern Ausdruck man dieſen Begriff wiederzugeben ſich entſchließt) gehandelt und im §. 243 des erſten, ſowie im §. 333 des zweiten Entwurfs die unvollſtändige, nur auf unrichtigen Vorſtellungen von der Geſammtbedeutung des Proceßverhältniſſes beruhende und zu den bedenklichſten Conſequenzen führende Aufzählung einzelner Proceßmängel gänzlich weggelaſſen wird.[56])

56) Ich darf auf die Beachtung meiner Vorſchläge an maßgebender Stelle wohl um ſo mehr hoffen, als ich in dem Commentar von Leonhardt zur bürgerlichen Proceßordnung d. Königr. Hannover (zu §. 196) entſchiedenere Andeutungen des tiefſten Verſtändniſſes für das Weſen der Proceßvorausſetzungen, als irgend wo ſonſt vorgefunden habe.

Digitized by Google

Sachregister.

(Die größeren Zahlen verweisen auf die Seiten, die eingeklammerten kleineren auf die Anmerkungen.)

Abschnitte des gerichtlichen Verfahrens 286 ff., 7, 8, 309, 310.
Absolutio ab actione 273 ff., 8, 65 ff, 79, 108, 163 ff., 225, 232, 247, 252.
— — ab instantia, Abweisung angebrachtermaßen 281, 282, 294, 8, 88 ff., 232, 248, 274 ff.
Accessorische Rechte, selbstständige Klagbarkeit 193.
Actio im materiellen und formellen Sinne 210, 234, 259 f., 21, 58, 67, 71, 79, 80, 118, 164, 170, 185, 209 — actio competit 137 (11c), 225 — actionem dare, denegare 294, 8, 89, 127 (8), 131 (9), 166 (62), 177 ff., 249, 274, 281 f. — actionem differre 262 (9), 81 (5). 21, 283 (87) — actionem excludere 132 (10), 225, 260, 264 — actionem mandare 58, 33 (6), 67, — actum est 193 (88), 259 (3) — agere posse, recte agere 33 (6).
Actiones adjecticiae qualitatis 59 — communi dividundo 173 — confessoria 172, 215 — de patria potestate 139 (19), 151 (41) — ex stipulatu 82 (6) — familiae herciscundae 128, 137, 170, 217 — hereditariae 142 ff. — hypothecaria 191 — injuriarum 174 ff. — legati 142 ff. — mandati 43 — poenales 178 ff. — populares 40 (22) — quod metus causa 153.
Actor, als Proceßvertreter 37.
Administrativsachen 196 (89).
Advokatur, Fähigkeit 46 ff.
Aequum jus 280.
Alienatio judicii mutandi causa 40 (20).
Alimentationsklagen, Selbstständigkeit 194 (85), 195 (88).
Allegationsverbindlichkeit 8, 293, 304 ff.
Appellation, gegen Abweisung angebrachtermaßen 282.
Arbitrium, 141, Vergleich mit Proceß 3 (2).
Aufschub des Processes 122, 135 ff.
Ausländische Proceßgesetze 210 (106).

Bedingung, Klage aus bedingtem Nachlaßvertrag 72.
Beneficium divisionis 228 (128).
Besitzübertragung 68 (67).
Beweislast 306 ff., 8, 42, 54, 110, 267, 293, 300, 311, 312.
Beweisverfahren, bezüglich der Exceptionen 286 ff.
Bonorum possessio, Exceptionen bezüglich derselben 61 ff.

Digitized by Google

Canonisches Recht 20, 228, 302, 309.
Carbonianum edictum 138 ff.
Causa cadere 252, 247, 65, 79, 163, 225, 273 ff.
Cautio de rato 49, 63 — rem dementis salvam fore 36.
Cession 59, 62.
Cessio in jure 304 (49).
Civilproceß, s. Proceß.
Clausula de dolo 52.
Cognitio 117, 118 — causae 88, 92 — extraordinaria 96, 97, 101.
Cognitor 38, 49, 66 ff.
Competenz des Gerichts = Proceßvoraussetzung 5, 85, 291 — Verfahren über dieselbe 86 ff., 246 — Zeitpunkt, nach welchem zu beurtheilen 93, 94.
Concurrenz, s. Klagenconcurrenz.
Condictio 224.
Connexität 211 ff., 144, 155.
Consumtion, proceßualische 64 ff., 163 ff., 273 ff.
Controversia 141.
Contumacialverfahren 278, 6 (5).
Conventionalproceß 305.
Criminalproceß, Verhältniß zum Civilproceß. Geschichtliche Entwickelung 178 ff. — Reihenfolge zw. beiden 152, 194 (88) — Verfahren 96, 97 (88), 247 (16).
Curator, als Proceßvertreter 36.

Dekret, auf die Klage, rejectorisches s.
Denegatio actionis 294, 8, 89, 127 (6), 166 (82), 274, 281 f.
Dies 72, 79. 248 (19), 262 (9), 263, 279 f.
Dilatorische Exceptionen 261 ff., 12 ff., 72 ff., 109, 268, 275 ff., 283 (87), 284 (38).
Dispositionsbefugniß der Parteien 162, 180, 200, 226, 267 (16), 293, 305.
Divisio s. beneficium div.
Dominium litis 56 ff., 67 ff — geschichtl. Entwickelung 75.

Edikt, prätorisches 42 (24), 50, 236 (122).
Eigenthumsklage, s. Grundeigenthumsklage.
Einreden, moderner Begriff 300 ff., vergl. Exceptionen.
Endurtheil, s. absolutio.
Erbschaftsklage 197 ff., 126 ff, 145 ff., 169 ff., 212 ff.
Erlöschen der Instanz 278.
Eventualprincip 309, 310, 8, 23.
Exceptionen, Begriff 258 ff., 223 ff — Eintheilungen 239, 262 ff. Exceptionsregeln 266 ff.
Exceptio bonorum poss. non datae 61 — causae sonticae 81 (6) cognitoria 38, 41, 44, 49, 64 ff. — declinatoria judicii 19 ff., 269 (Beispiele 13) — dilatoria 261 ff., 12 ff., 72 ff., 283 (87) — divisionis 228 f., 63, 235 (131) — doli 52, 264 — excussionis 26, 63, 193, 228 — fori 95, 85 ff. — libelli obscuri 293 (45), 13 — litis dividuae 78 ff. — litis pendentis 156 (52) pacti de non petendo 79 f. 265 — pluris petitionis 26

Digitized by Google

— procuratoria 29 ff. — rei in judicium deductae vel rei judicatae 280, 282, 64 ff., 72 (70), 79, 105, 163 ff., 235 a. E., 273 ff. — rei residuae 78 ff. — Senatuscons. Macedoniani 189 (78), 225, Trebelliani 60 f.

Fähigkeit zur Führung eigner Processe 5, 248, 291 — zum Plaidiren als Advokat 46 ff. — zur Prozeßvertretung 39 ff. — zum Richteramt = Prozeßvoraussetzung 5, 291, 110.
Fideicommiß, Erfüllungsort 102 ff.
Fiskalische Processe, Vorrang 151 f.
Forideclinatorische Einreden 19 ff.
Formula 294 f., 224, 252, 260, 287.
Forum contractus 102 ff. — privilegiatum 92, 100 f., vergl Competenz und exc. fori.
Frauen, Unfähigkeit zur Prozeßvertretung 40 (21), zum Plädiren 46.
Freiheitsproceß 116, 126, 135 (11a), 136, 149 ff., 188 (76), 194.
Freisprechung, s. absolutio.
Freiwillige Gerichtsbarkeit 304 (49).

Genus actionis, Wahl einer unrichtigen Klage 231 ff., Abweisung angebrachtermaßen? (128).
Gerichtsstand, s. Competenz.
Gerichtsverfassung, römische 286, germanische 286, 301 f.
Germanisches Prozeßrecht 18 f., 301 f.
Gesetz, innere Grenzen seiner Verbindlichkeit 298 f.
Geständniß, qualificirte confessio in jure 245.
Griechisches Prozeßrecht 250 ff., 98, 293 (45).
Grundeigenthumsklage 201 ff., 172 f., 215.

Handlungsfähigkeit, processualische 5, 45.
Hereditatis petitio s. Erbschaftsklage.

Incidentpunkte 194 ff., 213.
Infamie, Unfähigkeit zur Prozeßvertretung 40 (22), zum Plädiren 46 f.
Inhibition von Processen 122, 135 ff., 263 (9).
In jure cessio, Wesen derselben 304 (49).
Insinuation der Klage 93 — = Prozeßvoraussetzung 5.
Instanz, s. absolutio ab inst.
Intercession der Frauen, Zusammenhang mit Prozeßvertretungsrecht 39 (19).
Interdictum 247 — de homine libero exhibendo 149 (89) — de tabulis exhibendis 137, 31.
Julian, seine Bedeutung für die Lehre von der Prozeßvertretung 51.
Jus, Verfahren in jure, Inhalt, Princip desselben 285 ff., 8, 87 ff., 121 f., 127 (8), 130, 135 ff., 248 f., 251 ff.
Judicium: Begriff 4, 265, 296 — Verfahren in judicio 285 ff., 58, 83 f., 132 (10), 225, 247 (16), 251, 268 ff. — accipere judicium 93, 88 (9), 133 (10), 251, 252 (39), 294 — constitutio judicii 299, 295, 251 (29), 8 — inchoare judicium 149 (89), — ordinare judicium 149 — subire, suscipere judicium 147, 251 (29) venire in judicium 293 (45), 158 (54).
Justinianisches Prozeßrecht, Reformen 75 f., 145, 172 (63a), 275 ff., 295.

Digitized by Google

Justizsachen, 196 (89), 8, 291.
J. R. A. s. Eventualprincip.

Klage, s. actio.
Klagabfassung 293 (45), 5, 287 f., 294 f.
Klagbehändigung, s. Insinuation.
Klagenconcurrenz 220 ff., 209 ff.
Klagthatsachen, im Gegensatz zu den Einreden 301, 312, 9.
Klagenverjährung, Einrede 82, 227 f.

Legis actiones 202 (99), 251 (80).
Legitima persona standi in judicio = Prozeßvoraussetzung 5, 77, 89 (16), 248, 291.
Legitimation zum Proceß 56, 58, 75 f.
— — der Proceßvertreter 30 ff., geschichtl. Entw. 49 ff., 75 f.
— — zur Sache, s. Sachlegitimation.
Lex Julia 89 (15).
— — Rubria 86, 89 (14), 90 (19).
Litiscontestation, Begriff 296, 2, 8.
— — Wirkung 58, 67, 93, 295 (3), 280, 281 (86).
Litispendenz 156 (62), 52, 93.

Nichtigkeit des Processes 9, 14, 57, 65, 75, 90, 273, 302, 303.
Norddeutscher Bund, Civilproceßgesetzgebung 313 f., 16.
Novation 68 f.

Oeffentliches Recht 2, 296.
Officialverfahren 292, 119, 155, 161 f., 267, 303 ff.
Officium judicis 280, 289.
Oertliche Grenzen der Proceßgesetze 210 (106).

Parteien, Fähigkeit 5, 77, 89 (16), 291.
Peremtorische Exceptionen 263 ff., 71 ff., 270.
Pfandklage 192 ff.
Pluris petitio 247 f., 280 (85).
Postulationsfähigkeit 46 ff., 248, 291.
Prädialservituten 172 f., 201 ff., 216.
Präjudicialdekret 209, 123, 135 ff., 205, 208 f.
Präjudicialeinreden 221, 161 ff., 122, 208 ff.
Präjudicialklagen 149 ff., 125 (8).
Präjudicialpunkte 125 (6).
Praeparatoria judicii 309, 8.
Praescriptio im Allgemeinen 95 ff.
— — fori 98 ff.
— — bei Ga. IV., 133: S. 104 ff., 207 (104), 235 f., 294 (45).
Preußisches Proceßrecht 16 (20), 232 (128).
Proceß, Begriff 1 ff., 295, 296.
Proceßbegründende und -hindernde Thatsachen 9, 293, 304.
Proceßconcurrenz 208 ff.
Proceßeinreden, Begriff 12 ff., 21, 27, 28, 238 ff., 298 ff.
Proceßleitung 161 ff., 209.
— — im germanischen R. 301 f.
— — im romanischen und heutigen R. 302 ff.
Proceßstrafen 108 (54), 164 ff., 275 (80), 277.

Digitized by Google

Processualische Vertretung, Princip 56 ff.
— — Geschichte 50 ff., 75 f.
Proceßverhältniß, s. Proceß.
Proceßvoraussetzungen, Begriff 5 ff.
— — im germ. R. 19 (2).
— — im röm. R. 290 ff.
— — im röm. und heut. R. 303.
Procuratoren 31 ff.

Qualificirtes Geständniß 244 — Kritik dieses Begriffs 254 ff.
Querela inofficiosi testamenti 126 f., 136.

Receptum arbitri 3 (2).
Rechtskraft, res judicata 282, 235 a. E. — extra partes 66 ff., 150.
Regreß des Bürgen 43.
Reichsgesetze 22, 309, 310.
Rei vindicatio s. Grundeigenthumsklage.
Reihenfolge der Processe 219, 113 ff., 121, 123, 135 ff.
Repliken 36 f.
Restitution 267 (16).
Retentionseinrede 264.
Richter, Volksrichter 286.
— — Fähigkeit 5, 110, 291.
— — Recusation 248, 291.

Sachlegitimation 58 ff., 247.
Sachlegitimationseinreden 60 ff., 263.
Schiedsrichter 141, 3 (2).
Sententia, s. absolutio.
Solidarisch bestellte Proceßvertreter 34.
Statusklagen 194 (25), vergl. Freiheitsproceß.
Stundung, stillschweigende 81.
Summarische Processe 6 (6).
Suspension von Processen 122, 135 ff., 263 (9).
System des Civilproceßrechts 7, 11 (9), 312 f.

Theilung des Richteramts 286.
Traditio, s. Besitzübertragung.
Translatio 241 ff.
Tutor, als Proceßvertreter 35 f., 271.

Unrichtige Klage 231 ff., 247.
Unsubstantiirte Klage 293 (15), 5.
Urtheil, s. absolutio.

Verdächtigkeit des Richters 5, 291.
Verhandlungsprincip 259, 267, 162.
Verjährung, Einrede 82, 227.
Vertragsnatur der Litiscontestation 2.
Vertreter, s. processualische Vertreter.
Vollmachtseinreden 31 ff.
Vorbereitungsverfahren des röm. Civilprocesses 285 ff. — des modernen Processes 309 f., 7 f.

Zeit des Processes 5 f., 291, 135 ff.
Zinsklagen, Selbstständigkeit 193.

Digitized by Google

Verzeichniß

der ausführlich interpretirten Quellenbelege.

Cicero de inventione I, 8 §. 10 S. 243 f.
Cic. de inv. II, 19 §. 57. 58 S. 250—254.
Cic. de inv. II, 20 §. 59. 60. S. 174—181, 205—206, 217.
Cic. in Verrem II, lib. 3 c. 65. S. 153—155.
Quintilianus, inst. orator. III, 6 §. 63 seqqu. S. 254, 255.
Gaius, inst. comment. III, §. 176. S. 68, 69.
Ga. IV, §. 56. S. 78 ff.
Ga. IV, §. 84. S. 51, 52.
Ga. IV, §. 122. S. 78 ff.
Ga. IV, §. 123. S. 64 ff.
Ga. IV, §. 124. S. 38, 39 ff., 63, 65, 263.
Ga. IV, §. 133. S. 104—107, 169, 170, 235, 236 (182).
Paulus, sent. I, 2 §. 1. S. 47.
§. 10 Inst. de except. 4,13 S. 64 ff., 276—284.
§. 11 eod. S. 39 ff., 63, 73.
L. 7 pr. Dig. qui satisdare cog. (2,8). S. 100, 101.
L. 43 §. 1 de procurator. (3,3). S. 42.
L. 47. 48 eod. S. 34, 35.
L. 32 §. 10 de receptis (4,8). S. 141, 142.
L. 30 de judiciis (5,1). S. 93, 94.
L. 35 eod. S. 259 (8).
L. 52 §. 3, 4 eod. S. 101—104.
L. 54 eod. S. 113—120, 156.
L. 61 pr. eod. S. 293 (45).
L. 5 §. 2 de hered. pet. (5,3). S. 197, 198.
L. 7 pr. §. 1 eod. S. 126—128, 136.
L. 7 §. 2 eod. S. 136 (116).
L. 1 §. 1 fam. herc. (10,2). S. 131—134, 225.
L. 25 § 2 eod. S. 132 (10).
L. 51 §. 1 eod. S. 129—131.
L. 7 § 1. 2 de curat. furios. (27,10). S. 36.
L. 18 §. 1 de acquir. poss. (41,2). S. 68 (6).
L. 2 §. 7 de hom. lib. exhib. (43,9). S. 149 (89).
L. 2 pr. de except. (44,1). S. 260, 261, 224.
L. 2 §. 4, 1. 3 eod. S. 41, 42, 73, 262 (9).
L. 13 eod. S. 126—128, 167.
L. 16 eod. S. 172, 201—205, 215, 216.
L. 18 eod. S. 173.
L. 21 eod. S. 157—160.
L. 7 §. 1 de injuriis (47,10). S. 177—181.
L. 104 de R. J. (50,17). S. 156, 157.
L. 12 Cod. de her. pet. (3,31). S. 145—149, 170—172, 198—200.
L. 19 C. de probat. (4,19). S. 268—274.
L. 2 C. de eo qui pro tutore (5,45). S. 35, 271.

Emendationen.

Cicero de invent. II, 12, §. 18. S. 244 (10).
Gaius, inst. IV, §. 16. S. 202 (99), 236*.
L. 7 §. 2 de curat. fur. (27,10). S. 36 (12).
L. 53 de fidejussor. (46,1). S. 98 (36).

C. F. Winter'sche Buchdruckerei in Darmstadt

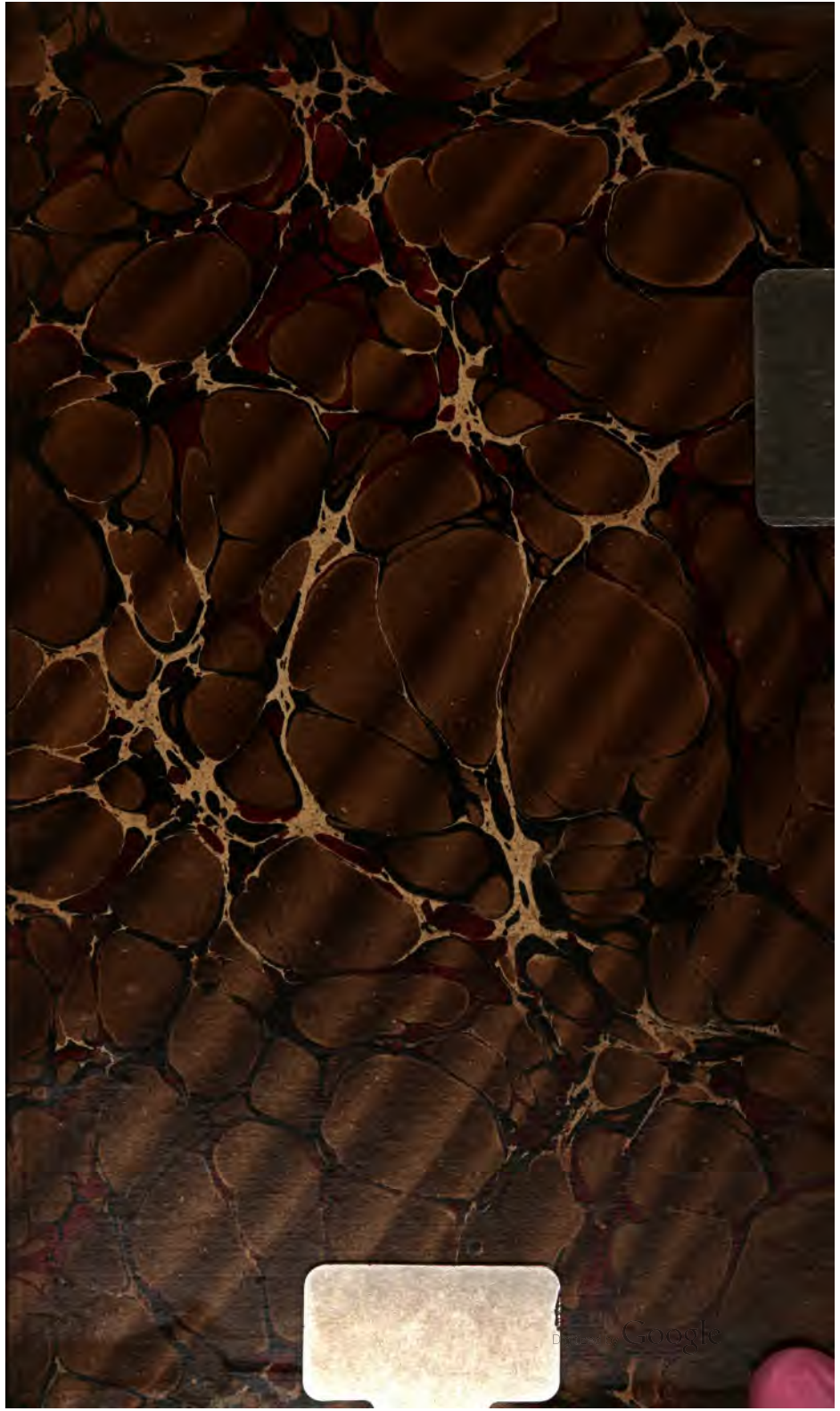
Ex. g. a. a.

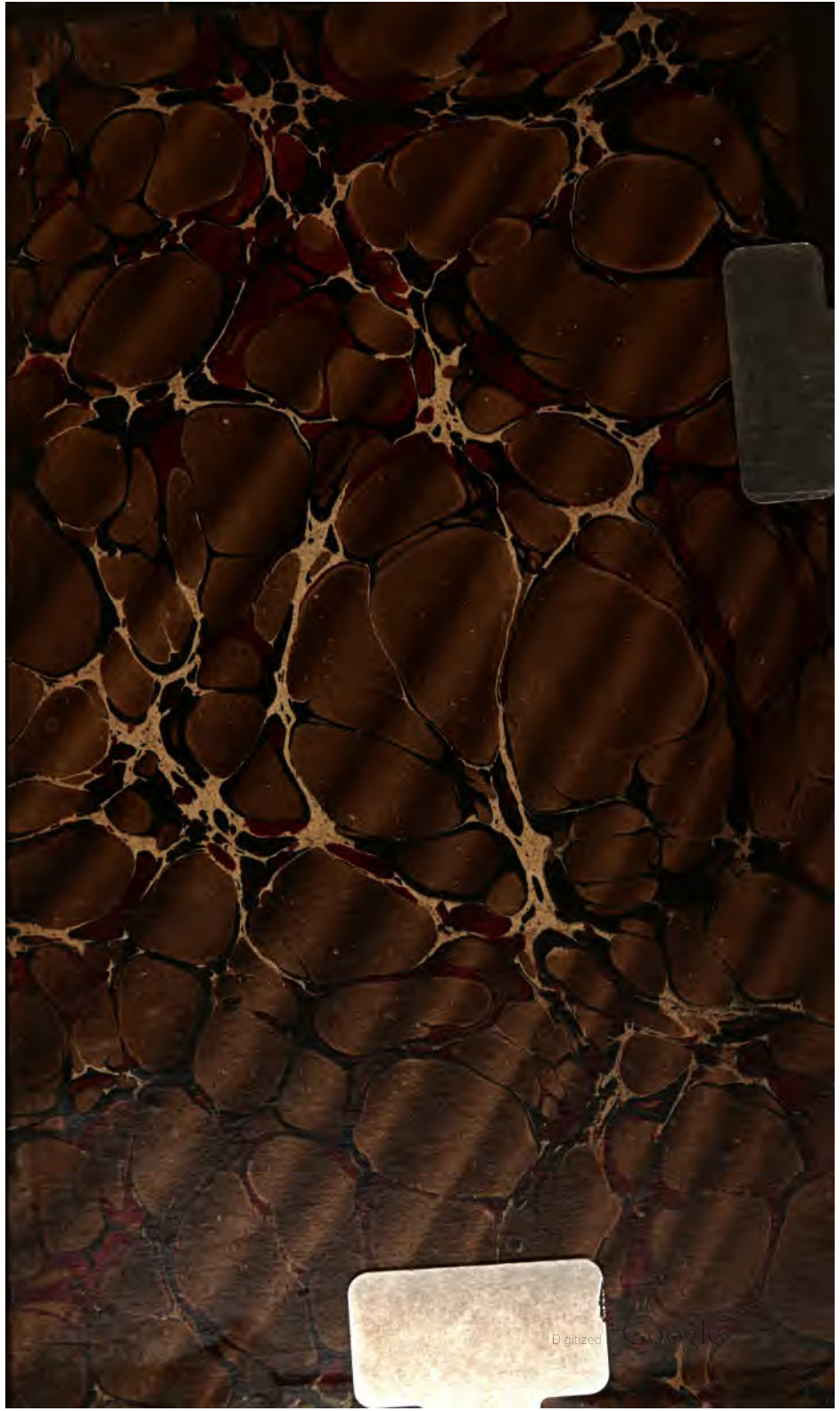
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google


Digitized by Google

Digitized by Google